ISTITUZIONI DI DIRITTO CIVILE ITALIANO

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

DI

GIOVANNI LOMONACO

SECONDA EDIZIONE NOTEVOLMENTE ACCRESCIUTA

Volume Settimo

NAPOLI
PRESSO NICOLA JOVENE & C.° LIBRAI-EDITORI
Piazza Trinità Maggiore, 13
1895

LIBRO TERZO

Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose.

PARTE SESTA

Del sistema ipotecario.

167. Della trascrizione.

Bibliografia. — 1.° Guicherd, *De la transcription* (Paris, 1853); — 2.° Troplong, *De la transcription* (Paris, 1856); — 3.° Le Senne, *Commentaire de la Loi 23 mars 1855 sur la transcription* (Paris, 1856); — 4.° Grosse, *Commentaire sur la loi de la transcription* (Paris, 1858-59); — 5.° Flandin, *De la transcription en matière hypothécaire* (Paris, 1861);—6.° Mourlon, *Traité théorique et pratique de la transcription* (Paris, 1862); — 7.° Cesano, *Della trascrizione secondo il Codice civile italiano* (Torino, 1866);—8.° Bahlmann, *Das Preussische Grundbuchrecht* (Berlin, 1872);—9.° Werner, *Die Preussischen Grundbuch-und-Hypothecken Gesetze* (Berlin, 1874); — 10.° Gabba, *Le nuove leggi prussiane intorno alla proprietà fondiaria e al diritto ipotecario* (negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1874, parte III, pag. 101 e seg.); — 11.° Gabba, *Se la risoluzione di un contratto traslativo di proprietà di beni immobili possa avere effetti in confronto di terzi, i quali abbiano acquistato diritto su quei beni anteriormente bensì alla trascrizione della domanda di risoluzione, ma in mala fede* (nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1875, parte IV, pag. 1 e seg.); —

12.° Bianchi (E.), *Considerazioni generali sul sistema ipotecario e sulla trascrizione secondo il Codice civile italiano* (Pisa, 1877);— 13.° Lozzi, *Dell'efficacia della trascrizione di una vendita simulata in confronto dei terzi* (nel *Giornale delle leggi*, anno X, pag. 217 e seg.); — 14.° Vita-Levi, *Della trascrizione delle alienazioni successive* (nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1880, parte IV, pag. 14 e seg.); — 15.° Verdier, *De la transcription hypothécaire* (Paris, 1881);—16.° Natoli, *Il patrimonio sacro è per legge sottoposto alla formalità della trascrizione?* (nella *Gazzetta dei tribunali*, anno XXXI, num. 3190; 30 luglio 1883); — 17.° Dareste, *Les transcriptions de ventes en Droit hellenique, d'après les monuments épigraphiques récemment découverts* (Paris, 1884); — 18.° Michelozzi, *La cancellazione delle trascrizioni* (nella *Legge*, anno 1885, Vol. II, pag. 501 e seg.);—19.° Vadalà-Papale, *L'istituto della trascrizione e le sue riforme* (nel *Circolo giuridico*, anno 1885, pag. 4 e seg.); — 20.° Gabba, *Natura ed effetti della trascrizione* (nelle *Quistioni di Diritto civile*, Torino, 1885);—21.° Luzzati, *Della trascrizione* (Torino, 1888, 3.ª ediz.); — 22.° Mirabelli, *Dei principii fondamentali dell'istituto della trascrizione e delle conseguenze che ne derivano* (nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano,* Vol. I, Torino, 1889);—23.° Gianturco, *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario* (Napoli, 1890); — 24.° Simoncelli, *Gli articoli 1932 num. 7 e 1942 del Codice civile e l'articolo 687 del Codice di procedura civile* (nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1892, parte IV, pag. 257 e seg.); — 25.° Varvelli, *La trascrizione della costituzione di dote immobiliare fatta dalla donna a sè stessa* (nel *Foro italiano*, anno 1893, parte I, pag. 770 e seg.); — 26.° Lépinois, *Traité théorique et pratique de la transcription, des privilèges et des hypothèques* (Liege, 1893);—27.° Fortunato, *La costituzione del vincolo dotale ed il sistema della trascrizione* (Napoli, 1893); — 28.° Salvioli, *La pubblicità nella vendita*, storicamente esaminata (nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Vol. XVIII, pag. 196 a 236, anno 1894).

Il Pisanelli, nella Relazione ministeriale con cui accompagnava al Senato il suo disegno di Codice civile, opportunamente notava, che la formalità della trascrizione presentavasi come un complemento necessario, non solo al sistema della proprietà immobiliare, ma ancora a quello delle ipoteche. È necessario che i titoli traslativi del dominio di un immo-

bile, o costitutivi di diritti che ne diminuiscono la libertà, o ne scemano la piena disponibilità in chi lo possiede, siano resi pubblici col mezzo della trascrizione per essere efficaci rispetto ai terzi. Queste considerazioni del Pisanelli dimostrano ad evidenza quanto sia importante l' istituto della trascrizione nell'ordinamento della proprietà immobiliare. La trascrizione è destinata precipuamente a costituire una specie di stato civile della proprietà immobiliare, che in certo modo risponda allo stato civile delle persone. È ormai una tesi che non ha più bisogno di dimostrazione, quella della importanza, e anzi della necessità di siffatta pubblicità, affinchè nessuno il quale voglia acquistare un diritto qualunque su di un immobile, corra facile pericolo d' ingannarsi o di essere ingannato circa la condizione giuridica dell'immobile medesimo. Ed è pure una verità universalmente riconosciuta, che non è possibile un buon sistema ipotecario, fondato sui grandi principî della pubblicità e della specialità, se gli altri diritti reali sugli immobili non vengono resi parimente pubblici (1). Certo, il sistema accolto in proposito dal nostro legislatore non può dirsi perfetto; e vogliamo parlare di quella perfezione relativa che può giustamente desiderarsi in tema di Diritto positivo. Ma i confini assegnati al nostro lavoro non consentono quell'esame critico particolareggiato, da cui dovrebbe desumersi la esattezza di ciò che sopra abbiamo affermato. Staremo quindi contenti alla esposizione del sistema del Codice, dopo di aver premesse alcune nozioni storiche sull'istituto di cui dobbiamo occuparci. Dalle parole del Pisanelli, che abbiamo superiormente riferite, si ricava apertamente la stretta colleganza che passa tra il sistema ipotecario propriamente detto e l' ordinamento della trascrizione. E noi appunto per questa ragione abbiamo stimato opportuno, conciliando l'ordinamento scientifico con l'ossequio dovuto alla distribuzione degli istituti fatta dal Codice, di collocare lo svolgimento della teoria della trascrizione sotto la rubrica generale *Del sistema ipotecario*. Se tutte le disposizioni del Codice si collegano fra loro, di guisa che soltanto *tota lege perspecta* l' interprete può determinare il vero significato delle medesime, tale riferimento vicendevole si rav-

(1) V. Gabba, *Natura ed effetti della trascrizione*, nelle *Quistioni di Diritto civile;* Torino, 1885.

visa specialmente trattandosi del sistema della trascrizione e di quello delle ipoteche. Gli articoli che si attengono all'uno ed all' altro sistema *coniurant amice* al conseguimento del medesimo scopo, che è uno scopo altamente civile: la sicurezza nella trasmissione e nell' acquisto dei diritti reali. È questo lo scopo precipuo; ma, e lo noteremo di proposito di qui a poco, non deve credersi che esso sia il *solo* scopo voluto dalla legge. E, d'altra parte, la pubblicità speciale che qui stabilisce la legge non è imposta per la trasmissione e per l'acquisto di *tutti* i diritti reali. Si deve tener conto della natura dei beni cui questi diritti si riferiscono.

I.

Elemento storico del sistema della trascrizione.

Il principio su cui riposa la trascrizione è stato impugnato da taluni giuristi, i quali han creduto di ravvisare una contraddizione tra questo principio e la teoria accolta nel Diritto moderno, della trasmissione della proprietà in forza del solo consenso legittimamente manifestato. Come puossi conciliare collo spiritualismo del Diritto moderno il materialismo della trascrizione? Questa non è forse un vestigio del Diritto antico e del medio-evale, che assegnavano il posto d'onore alle forme, e l' ultimo posto alla nuda volontà dei contraenti? Son giusti questi rimproveri?

Il diritto di obbligazione, *jus ad rem,* è il legame che stringe una persona verso un'altra persona a dare o fare qualche cosa. Il diritto reale, *jus in re,* è la relazione che passa tra una persona ed una cosa; questa relazione esiste riguardo a tutti; il *jus in re* è dunque essenzialmente *assoluto.* Anche da queste brevi nozioni si trae, che il *jus in re* deve manifestarsi con segni, con caratteri non necessari pel diritto di obbligazione. Quando i terzi debbono rispettare un diritto, si richiede che questo diritto sia loro notificato. Pel diritto di obbligazione la cosa va altrimenti, perchè esso non produce che relazioni da persona a persona, è diritto essenzialmente *relativo.*

Vi sono dei frammenti di Teofrasto e di Demostene, che attestano luminosamente l'omaggio prestato dai Greci al prin-

cipio della pubblicità, trattandosi della trasmissione dei dominii. Questi frammenti sono stati esaminati dottamente dal Peyron, dal Caillemer e dal Dareste. I Romani, per la trasmissione dei beni più importanti, come gl'immobili e gli schiavi, richiedevano la *mancipazione* e l'*in jure cessio,* forme tutte pubbliche, segni esteriori che faceano nota la trasmissione della proprietà. Secondo il Diritto bizantino doveano *insinuarsi* gli atti traslativi di proprietà: *apud officium censuale publicari solent;* come si esprimevano gl'imp. Arcadio ed Onorio. E, nell'età di mezzo, la trasmissione della proprietà *per glebam, per cespitem,* dovea farsi alla presenza di testimoni, sia sui luoghi medesimi, sia ai piedi degli altari. Il principio della pubblicità, trattandosi della trasmissione dei dominii, si trova ancora applicato presso gli Ebrei e gli Egiziani. Come nota il Luzzati, la pubblicità delle trasmissioni di proprietà rimonta, sotto varie forme, ad antichissimi tempi. La *Genesi* ci mostra Abramo che pubblicamente acquista da Efron il terreno che destinava a luogo di sepoltura per sua moglie. « Abraham appendit pecuniam quam Ephron postulaverat audientibus filiis Heth, quadringentos siclos argenti probatae monetae publicae. » (Cap. XXIII, vs. 16). Si hanno importanti particolari intorno ai modi di pubblicità dei contratti presso gli Egiziani sotto la dominazione macedonica. Il contratto di compravendita era prima presentato ad un trapezita che riscoteva l'imposta fondiaria, ed inscriveva nel ruolo delle contribuzioni le mutazioni rese necessarie dall'alienazione (1). Nel sistema del Codice, la *trascrizione* ci presenta la forma pubblica, il segno esterno della trasmissione dei dominii; e non crediamo necessario di determinare in questo momento le restrizioni che ammette questo principio secondo che si ha riguardo alla natura dei beni, o alla forma del trasferimento dei medesimi.

Nello svolgimento della teoria generale delle obbligazioni ci siamo arrestati intorno all'esame dell'articolo 1125 del nostro Codice, il quale sancisce lo stesso principio proclamato nell'articolo 1138 del Codice francese: nei contratti i quali hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di un corpo certo e determinato, vale a dire di una cosa che sia designata nella sua individualità, la proprietà si trasmette e si acquista senza che sia necessaria la tradizione. Questo

(1) V. Luzzati, *Della trascrizione,* Cenni storici; Torino, 1874.

principio, che da non pochi giuristi si esprime colla formola, *consensus parit proprietatem,* si deve applicare nei rapporti fra i contraenti. Di fronte ai terzi, il trasferimento vuolsi ritenere efficace sol quando vi sia la pubblicità del medesimo, nei modi che stabilisce la legge. Da ciò peraltro non deve ricavarsi la illazione, che il principio fermato dal Diritto moderno, *consensus parit proprietatem,* sia niente altro che « una superfetazione, una di quelle sottigliezze puerili, *idola fori,* che si debbono bandire da una legislazione seria; » come diceva il Bonnier, e come ha ripetuto qualche scrittore italiano. Al sistema del Codice si è dato *biasmo a torto e mala voce.* Vi sono non pochi casi nei quali la massima dianzi enunciata ha importanza pratica incontrastabile. Come abbiamo altrove avvertito, nel sistema moderno, al compratore, anche prima della trascrizione, compete l'azione reale, la *reivindicatio,* contro il terzo possessore che, senza titolo, si trova nel godimento della cosa. Ancora: l'acquirente di un immobile può validamente costituire sul medesimo ipoteca a favore dei suoi creditori, quantunque non abbia ancora trascritto il suo acquisto. E vi sono pure altri casi nei quali, anche di fronte ai terzi, si ravvisa la importanza del principio sancito dal Codice italiano e dal francese. Vogliamo pure richiamare l'osservazione, che questo principio, prima delle moderne codificazioni, era stato solennemente proclamato da Grozio nel suo libro immortale, *De jure belli et pacis.* Il grande giureconsulto aveva notato che il Diritto romano, richiedendo la formalità della tradizione per la trasmissione dei dominii, *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur,* si era allontanato dalle norme del Diritto razionale. Giusta queste norme niente altro si richiede pel trasferimento della proprietà, osservava Grozio, *quam solam voluntatem domini rem suam alteri in hoc addicentis.* Il Diritto romano, accogliendo un principio opposto, fu Diritto *civile,* nel senso ristretto della parola.

In Francia, il sistema della trascrizione fu per la prima volta largamente ordinato dalla legge degli 11 Brumaio anno VII. Il Codice Napoleone abbandonò, inconsideratamente, il sistema della legge di Brumaio. Ma non passò molto tempo, e si mostrarono evidenti i danni che provenivano da questo abbandono. I migliori scrittori, anche quelli che abitualmente erano panegeristi del *jus conditum,* come il Tro-

plong, non esitarono dal consigliare il legislatore perchè fosse ritornato sulle orme male abbandonate. Il Baudry-Lacantinerie ha richiamate le gravi conseguenze che nascevano dal sistema del Codice. Mancanza assoluta di sicurezza nelle convenzioni relative agli immobili, ecco qual'era il segno caratteristico del sistema ammesso dal Codice Napoleone. Quegli che comprava un immobile era esposto al pericolo dell'evizione, da parte di un acquirente anteriore il cui titolo era restato occulto. Un pericolo della stessa natura minacciava il prestatore di una somma di danaro, il cui prestito era garantito da ipoteca. La scoverta di una alienazione anteriore, ignota a lui al momento della costituzione d'ipoteca e che annientava il suo titolo, lo esponeva a diventare vittima di un infame tranello. Non sarebbe facile enumerare tutte le frodi cui poteva dar luogo il sistema della clandestinità delle trasmissioni immobiliari. Ben è vero che, nella pratica, non si presentavano con frequenza i casi in cui la frode si avverava, imperciocchè, bisogna constatarlo, la frode non è la regola generale nelle umane transazioni. Ma « ne s'en fût-il jamais présenté, c'était déjà trop qu'elle fût possible. » La legge, in questa materia, deve, per quanto è possibile, dare ai contraenti una sicurezza assoluta (1). Finalmente, il 23 marzo 1855 comparve una legge, dichiarata esecutiva dal 1.° gennaio dell'anno successivo, in cui si rendeva omaggio ai voti della scienza: questa legge del 1855 era ispirata ai medesimi principî che aveano dettata la legge di Brumaio.

Lo scopo di dar piena notizia ai terzi della trasmissione della proprietà o di altri diritti è, senza dubbio, meglio raggiunto colla trascrizione che colla iscrizione. La *iscrizione*, osserva Troplong, è un atto delicato, che può trovarsi viziato per una omissione, una negligenza; essa consiste in un reassunto attentamente fatto dei punti culminanti dell'atto, l'enunciazione dei quali deve esser breve ad un tempo e precisa. Or tale reassunto può facilmente peccare di inesattezza, ed allora i diritti più preziosi si trovano compromessi. Non deve temersi questo pericolo nella *trascrizione*, la quale consiste nella copia letterale e materiale dell'atto che si vuole render

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. II, num. 881; Paris, 1892.

pubblico (1). Questo concetto che il Troplong ci presenta della *trascrizione*, che essa cioè consiste nella copia letterale e materiale dell'atto che si vuole rendere pubblico, deve intendersi, avuto riguardo al sistema del nostro Codice, nel senso che nell' archivio del conservatore si custodisce il titolo soggetto a trascrizione, non già nel senso che, per cura del conservatore, si deve compilare una copia del titolo medesimo. Ritorneremo di proposito su questa osservazione, nell'esame dell'art. 1939 del Codice.

Espositori come siamo del Codice civile italiano non ci crediamo obbligati, in un libro di *Istituzioni,* a paragonare il sistema della trascrizione con quello della cosidetta intavolazione (*intabulirung*), usata da lungo tempo nella maggior parte degli Stati della Germania. Con tale ordinamento la pubblicità giuridica dei diritti reali sugli immobili e delle loro trasmissioni si fa in relazione al fondo, e non in relazione alle persone fra le quali i diritti medesimi e le trasmissioni si avverarono.

II.

Atti sottoposti alla trascrizione nel sistema del Codice italiano.

Quali atti si debbono trascrivere avuto riguardo all'ordinamento accolto dal Codice italiano? Forse si deve trascrivere ogni atto che i terzi hanno interesse di conoscere? No, risponderemo col Laurent. La legge determina gli atti che si debbono rendere pubblici col mezzo della trascrizione (2). Brevemente, ma pure colla maggiore precisione che ci è possibile, parleremo dei diversi atti che, nel sistema del nostro

---

(1) « Transcribo proprie est ab alio describo, exscribo; *copiare, ricopiare.* » Forcellini, *Lexicon totius latinitatis,* ediz. De-Vit, Vol. VI, verb. *Transcribo* (Prati, 1875). « Trascrivere, *Copiare scritture o libri.* » Rigutini e Fanfani, *Vocabolario italiano della lingua parlata,* verb. *Trascrivere* (Firenze, 1883). La voce *trascrivere* risponde al greco ἀπογράφειν. V. Manuzzi, *Vocabolario della lingua italiana,* Parte IV, verb. *Trascrivere* (Firenze, 1865).

(2) V. Laurent. *Principes de droit civil,* Vol. XXIX, num. 32.

Codice, sono sottoposti alla formalità della trascrizione; sol quando siasi adempita questa formalità si può riconoscere la loro efficacia di fronte ai terzi. Come è sancito espressamente nell' articolo 1942, articolo che esamineremo in sèguito, gli atti che nel sistema della legge si debbono trascrivere, sino a che non siano trascritti, non hanno alcun effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile. Crediamo opportuna un' osservazione preliminare. Come si ricava chiaramente dalle disposizioni del Codice, e come abbiamo già dianzi notato per incidenza, non si debbono trascrivere soltanto gli atti che *trasferiscono il dominio* degli immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca. Il legislatore, nello stabilire la formalità della trascrizione, ha tenuto conto, con savio consiglio, di ciò che veniva imposto da gravi considerazioni della economia sociale. E spieghiamo questo concetto. La locazione di un immobile, anche quando sia consentita per un ventennio, per un trentennio, non importa trasferimento di dominio. Ma, d' altra parte, è indubitato che una così lunga locazione esercita una grande influenza sulla *commerciabilità* dello stabile cui si riferisce. Ed è questa la ragione per cui l' autore della legge provvidamente ha disposto, che si debbono trascrivere i contratti di locazione d'immobili eccedenti il novennio. In sede opportuna riferiremo le parole della *Relazione ministeriale* che determinano con molta precisione il fondamento razionale del sistema legislativo a questo riguardo.

1.°

Atti tra vivi che trasferiscono proprietà d' immobili, o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca.

Devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione gli atti tra vivi, sia a titolo gratuito sia a titolo oneroso, che trasferiscono proprietà d'immobili, o di altri beni o diritti capaci di ipoteca, ad eccezione delle rendite sopra lo Stato (art. 1932, num. 1.°). Volendo addurre alcuni esempi, per spiegare il disposto della legge, diremo che sono sottoposti alla formalità della trascrizione gli atti di vendita o di do-

nazione dei beni immobili; e tali atti si debbono trascrivere anche quando, con essi, venga trasferita la nuda proprietà degli immobili. Deve trascriversi il contratto di enfiteusi, nonchè l'alienazione che il concedente o l'enfiteuta facciano dei diritti che rispettivamente loro competono. È ancor soggetta a trascrizione la cessione di una eredità, nella quale siano compresi beni immobili ovvero diritti capaci d'ipoteca. Come osservano concordemente gli scrittori, tale cessione di eredità deve trascriversi per due ragioni. In primo luogo, perchè è un atto traslativo di proprietà; in secondo luogo perchè, non essendovi debitore, non può avverarsi nella cessione della eredità, relativamente ai beni e diritti enunciati superiormente, quella intimazione da parte del creditore o quella accettazione da parte del debitore, che, giusta l'articolo 1539, rendono efficace verso i terzi la cessione. Vanno sottoposte alla trascrizione le dazioni in pagamento, quando vi si proceda con beni immobili. Sono pure soggette alla trascrizione le permute che hanno per oggetto beni immobili. Deve parimente trascriversi la costituzione di usufrutto su beni immobili: diciamo la *costituzione,* e non la *riserva* dell'usufrutto che il proprietario abbia richiesta nell'atto di alienazione della proprietà. Quando il proprietario aliena la proprietà dell'immobile, riservandosene l'usufrutto, in tal caso non si tratta di *acquisto dell'usufrutto*, ma di conservazione di uno dei poteri che, di regola, ineriscono al diritto di proprietà.

Decideva il Supremo Collegio di Roma, che l'atto col quale la donna costituisce in dote a sè stessa un immobile di sua proprietà, o rinveste un suo capitale dotale in acquisto di un immobile, deve trascriversi, affinchè il vincolo dotale abbia efficacia contro i terzi. A conforto di questa teoria, la Corte facea ricorso allo « scopo della trascrizione ed alla motivazione legislativa. » Lo scopo della trascrizione, come fu dichiarato nella Relazione Senatoria e nella Relazione Ministeriale, è quello di recare a notizia dei terzi non solo gli atti tra vivi traslativi del dominio di un immobile, ma anche quelli « che ne *diminuiscono* la pienezza e la *libera disposizione* (1). » Ma noi accettiamo l'opposta dottrina seguìta

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 6 aprile 1893; nel *Foro italiano,* anno 1893, parte I, pag. 522.

dal Supremo Collegio di Firenze. Ben è vero che la trascrizione è stabilita nell'interesse dei terzi; ma è anche vero che essa costituisce « un instituto di eccezione alle regole generali del diritto, che non può estendersi oltre i casi designati; nè certamente è compreso fra questi il vincolo dotale, come conferma l'esempio di Francia, dove, volendosi ovviare gli inconvenienti che si lamentano dai sostenitori dell'opposta dottrina, vi si provvide con particolari ed apposite disposizioni (1). »

Gli atti cui si accenna nel numero primo dell'art. 1932, noteremo col Pacifici-Mazzoni, possono e debbono essere trascritti immediatamente, anche allora che son fatti sotto condizione sospensiva, per impedire che abbiano effetto i diritti conceduti prima dell'alienazione o che si concedessero in sèguito dall'alienante e trascritti prima dell'atto di alienazione sotto condizione sospensiva; perocchè questa producendo al verificarsi effetto retroattivo, l'atto poteva e doveva essere pubblico a garantìa dei terzi. Quindi, per citare un caso speciale, deve essere trascritta *ab initio* la vendita il cui prezzo dovrà determinarsi da un terzo. Per i medesimi effetti la vendita alternativa di due immobili, o di un mobile e di un immobile deve essere trascritta prima della scelta, senza distinguere, se questa appartenga al venditore o al compratore. Ma, come è detto nell'articolo 1943, quanto alle donazioni, la cui accettazione si contenga in atto separato, la loro trascrizione non può essere fatta efficacemente che dopo accettate dal donatario (2).

Nel seno della Commissione Coordinatrice, il Chiesi propose che si fossero sottoposti alla forma della trascrizione non solo gli atti fra vivi, ma eziandio quelli di ultima volontà che trasferiscono a titolo particolare proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci di ipoteca, e quelli che costituiscono o modificano servitù prediali, diritti di uso o di abitazione. « Forsechè, disse il proponente, trattandosi di atti di ultima volontà, i terzi son meno interessati a conoscerli? Per gli atti *a titolo universale* vi possono forse essere delle ragioni che ne dissuadano la trascrizione. Invero, o si tratta

---

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 6 giugno 1892; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1893, parte I, pag. 204.

(2) V. Pacifici Mazzoni, *Istituzioni,* Vol. VI, num. 144 (2.ª ediz.).

di successione legittima, e allora manca l'atto da trascrivere, o si tratta di successione testamentaria, e, in tal caso, manca la descrizione degli stabili compresi nella eredità. Inoltre, a rigore, puossi dire che non vi sia una vera traslazione di dominio, perchè la persona e i diritti del defunto *continuano* nella persona dell'erede. Ma quando si tratta degli atti di ultima volontà contemplati nella fatta proposta, più non vi sono queste ragioni dissuadenti la trascrizione; havvi l'atto da trascrivere, e sarà il testamento o quella parte del testamento la quale contiene la disposizione a titolo particolare, la costituzione di una servitù prediale, della servitù di uso o di abitazione; il legatario non continua la persona del defunto, ma è un vero *terzo possessore* (1). »

Ma la proposta non fu accolta; nel sistema del Codice italiano gli atti di ultima volontà non sono sottoposti in nessun caso alla necessità della trascrizione. Il Pisanelli assegnava questa ragione del sistema accolto dal Codice: « Non si deve far dipendere l'efficacia del testamento dalla volontà dell'erede, il quale può sovente avere interesse contrario alla esecuzione del medesimo. Il legatario ignora spesso, massimamente quando trovasi lontano, non solo le disposizioni ordinate a suo favore, ma l'esistenza stessa del testamento; nella maggior parte dei casi, prima che egli ne abbia conoscenza, l'erede potrebbe, alienando i beni legati, renderle inefficaci rispetto ai terzi. »

Vuolsi osservare, per non cadere in errore, che il Codice non impone la trascrizione degli atti di ultima volontà, ma nello stesso tempo non interdice la trascrizione di questi atti. Spieghiamo tale concetto. Giusta l'articolo 2137, chi acquista in buona fede un immobile o un diritto reale sopra un immobile in forza di un titolo, *che sia stato debitamente trascritto* e che non sia nullo per difetto di forma, ne compie in suo favore la prescrizione col decorso di dieci anni *dalla data della trascrizione*. Se quindi il legatario di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile vuole giovarsi della prescrizione decennale, si richiede come condizione indispensabile la trascrizione del titolo, che nella specie è il testamento: i due requisiti del *giusto titolo* e della *buona fede* non sono sufficienti per la prescrizione decennale quando

(1) Verb. num. 48 della Commissione Coordinatrice.

manchi la *trascrizione;* anzi, come è detto espressamente nel riferito articolo 2137, il decennio incomincia a decorrere *dalla data della trascrizione.* Ritorneremo su questo punto svolgendo la teoria della prescrizione.

2.°

Atti tra vivi che costituiscono o modificano servitù prediali, diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto.

Il Codice dispone, che devono rendersi pubblici col mezzo della trascrizione gli atti tra vivi che costituiscono o modificano servitù prediali, diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto (art. 1932, numero 2.°). Nel Progetto sottoposto all'esame della Commissione Coordinatrice, al numero 2.° dell'articolo 1957, rispondente al numero 2.° dell'articolo 1932 del Codice, dopo la parola *costituiscono*, si leggevano le altre *o trasferiscono.* Il presidente Cassinis osservò, che le medesime per un doppio motivo erano inesatte: « Anzitutto perchè sembrerebbe che si riferiscono eziandio all'*uso* e all'*abitazione*, mentre l'abitazione e l'uso non sono trasferibili. Poi perchè, ristrette anche quelle parole alle sole *servitù prediali,* egli non saprebbe come possa trasferirsi la servitù che è una qualità del fondo inerente ad esso, e che si trasferisce in altri col trasferirvisi del fondo medesimo. » Un Commissario, il Vaccarone, disse sembrargli, che « coll'accennata disposizione siasi voluto provvedere, ad esempio, al caso di chi, avendo il diritto di derivare una certa quantità di acqua da un canale altrui per irrigare i suoi beni, ceda ad un suo vicino questo diritto: in tale fattispecie sarebbevi la traslazione di una servitù attiva da un fondo ad un altro, per cui il primo subirebbe una modificazione tale nel suo valore da doversi rendere pubblica col mezzo della trascrizione. » Il Cassinis invitò la Commissione ad esaminare il riferito esempio, e a decidersi sul numero 2.° dell'articolo 1957; pur dichiarando che, secondo lui, il suddetto esempio accennava ad altro ordine di idee; imperciocchè nel proposto caso non si trascriverebbe più il vincolo imposto sul fondo, ma il vantaggio arrecato ad un

fondo diverso da quello che ne godeva in origine. Aggiunse il De Foresta: « essere per lo meno dubbio se colui che ha diritto ad una presa di acqua per un determinato fondo possa trasferire in altri questo diritto senza il consenso del debitore dell'acqua; e, se questo interviene, sembra esservi nel fatto accennato ad esempio una nuova costituzione di servitù, la quale dovrà come tale trascriversi. » Per queste ragioni la Commissione accettò la proposta di sopprimere le parole *o trasferiscono*, che leggevansi nel Progetto (1). E l'avviso della Commissione fu seguìto nella redazione definitiva del Codice.

Il numero 2.° dell'articolo 1932, nel proclamare soggetti alla trascrizione gli atti che costituiscono o modificano servitù prediali, diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto, non fa distinzioni fra gli atti a titolo oneroso e quelli a titolo gratuito. Debbono trascriversi non solo gli atti di vendita e di donazione, ma eziandio quelli di divisione o di transazione da cui risulti la costituzione, la modificazione od il trasferimento dei diritti che la legge designa.

Si richiede la trascrizione degli atti, non solo quando trattasi di servitù discontinue e di servitù non apparenti, ma eziandio quando si tratta di servitù continue ed apparenti. Ed, infatti, la legge ordina la trascrizione degli atti che *costituiscono o modificano servitù prediali*, senza fare nessuna distinzione. Ora, si potrebbe domandare, in qual modo riesce possibile la conciliazione di ciò che dispone il Codice nel numero 2.° dell'articolo 1932, col disposto degli articoli 1494 e 1499, che sono racchiusi sotto il titolo *Della vendita?* Giusta l'articolo 1494: « Se il fondo venduto è gravato di *servitù non apparenti*, senza che se ne sia fatta dichiarazione, e queste sono di tale entità da far presumere che il compratore, ove ne fosse stato avvertito, non lo avrebbe comprato, egli può domandare lo scioglimento del contratto, quando non prescelga di contentarsi di un'indennità. » E, giusta l'articolo 1499: « Il venditore non è obbligato pe' *vizi apparenti*, e che il compratore avrebbe potuto da sè stesso conoscere. » Richiamato il testo di questi articoli, si può dire:

O si vuole che la trascrizione sia applicabile alla costi-

(1) Verb. num. 48 della Commissione Coordinatrice.

tuzione di *servitù apparenti*, ed allora non si dica implicitamente all'articolo 1494, ed esplicitamente all'articolo 1499, che la garantìa del venditore non si estende alle servitù *apparenti* e *visibili*.

Oppure si riconosce invece che sussiste, quanto alla garantìa del venditore, la distinzione fra le servitù apparenti e le non apparenti, e che nessuna garantìa è dovuta al compratore per le servitù apparenti che egli è obbligato a subire; e si confessi allora che le servitù di tale natura sono, quantunque non trascritte, opponibili agli aventi causa dal costituente, come al costituente stesso.

Certo, il legislatore non s'è mostrato molto consentaneo ai principî statuiti in tema di vendita; ma d'altra parte, come osserva benissimo il Luzzati, il disposto della legge in tema di trascrizione « è formale, e bisogna adattarvisi. » Il Supremo Collegio di Roma in termini espressi riconobbe il principio che, nel sistema del nostro Codice, anche le servitù continue ed apparenti sono soggette a trascrizione. « La formalità della trascrizione, disse la Corte, è l'unico mezzo pel quale la legge suppone che il terzo sia venuto a cognizione dell'onere che è imposto sul fondo. Ogni altro mezzo è insufficiente, anzi affatto inidoneo, perchè sempre equivoco, incompleto e di dubbia o difficile giustificazione. Chi vuole acquistare un immobile è avvertito dalla legge che i soli registri ipotecari lo possono illuminare sulle affezioni che vi gravitano. Quindi non è obbligato a recarsi sul fondo ed a farne una preventiva ispezione. Se la fa, se si prova che ha veduto le opere che facevano visibile ed apparente la servitù a nulla giova, potendo sempre rispondere che le reputava precarie, e che non essendogli stata imposta la loro conservazione nel contratto, era segno che doveano sparire (1). » Beninteso che queste ultime considerazioni della Corte si debbono accettare con discernimento; non crediamo necessario di richiamare la dottrina dello Zachariae e del Laurent circa il dovere della garantìa cui è tenuto il venditore. L'omaggio dovuto ai dettami della buona fede non consente l'accettazione incondizionata del principio proclamato assolutamente dal Supremo Collegio.

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 27 maggio 1876; nella *Gazzetta dei tribunali*, anno 1876, pag. 158.

3.°

Atti di rinunzia ai diritti superiormente enunciati.

La forma della trascrizione è richiesta ancora per gli atti tra vivi di rinunzia ai diritti enunciati nei due numeri precedenti (art. 1932, num. 3.°). Volendosi assorgere ad un concetto generale, si può dire colla maggior parte degli scrittori, che la rinunzia allora soltanto è soggetta alla formalità della trascrizione quando riunisce due condizioni. La prima, che sia fatta per atto tra vivi. La seconda, che produca l'effetto di trasferire il diritto che forma oggetto della rinunzia. Come osserva in proposito il Troplong : « Le rinunzie di cui qui parla la legge non sono le rinunzie estintive; sono le rinunzie traslative. Non sono quelle colle quali si ripudia un diritto di cui non si è investito, sono quelle per cui il rinunziante si spoglia, in favore di qualcheduno, di un diritto acquistato. La rinunzia estintiva è unilaterale; la rinunzia *in favorem* è bilaterale. La prima non genera nulla, essa non fa che operare un vuoto; ecco perchè la si dice estintiva. La seconda trasferisce un diritto da una persona ad un' altra, ed è per ragione di questo effetto traslativo ch'essa dev'essere trascritta. L' altra, nulla trasferendo, non è soggetta a trascrizione (1). »

Applicando questa teoria generale, si debbono ritenere soggette alla trascrizione, fra le altre, le seguenti rinunzie:

A) La rinunzia alla comunione del muro da parte del proprietario, che vuole esimersi dall'obbligo di contribuire alle spese delle riparazioni e ricostruzioni (art. 549).

B) La rinunzia contemplata nell'articolo 643 del Codice; in forza del quale, quando il proprietario del fondo servente fosse tenuto in forza del titolo alle spese necessarie per l'uso o per la conservazione della servitù, può sempre liberarsene, abbandonando il fondo servente al proprietario del fondo dominante.

C) L'atto di autorizzazione che il proprietario di un fondo, a favore del quale è stabilita la servitù attiva *non ae-*

---

(1) V. Troplong, *Transcription*, num. 93.—Luzzati, *Della trascrizione*, numero 239.

dificandi, concede la facoltà al proprietario del fondo servente di elevare costruzioni.

D) L'atto di rinunzia ad una prescrizione acquisitiva già riconosciuta in giudizio.

E) L'atto di rinunzia compiuto dal venditore al suo diritto di riscattare l'immobile venduto, durante il termine stabilito pel riscatto.

F) L'atto di rinunzia all'azione in riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni di immobili, eccedenti la quota disponibile.

G) L'atto di rinunzia, da parte dell'usufruttuario, al suo diritto di usufrutto già accettato.

Invece, applicando sempre la teoria generale, non si debbono ritenere sottoposti alla forma della trascrizione, fra gli altri, i seguenti atti di rinunzia:

A) L'atto di rinunzia ad una successione.

B) L'atto di rinunzia del legatario al suo legato.

C) La rinunzia mediante corrispettivo di un erede a favore di *tutti* i suoi coeredi della propria porzione di eredità accettata. Quantunque tale rinunzia rivesta il carattere di una cessione o di una vendita, si propone però specialmente di semplificare le operazioni della divisione; e quindi non è soggetta a trascrizione.

D) L'atto di rinunzia ad una prescrizione acquistata, ma non ancora riconosciuta in giudizio con sentenza passata in giudicato (1).

4.°

Sentenze di vendita all'incanto di proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci di ipoteca.

Devono parimente esser rese pubbliche col mezzo della trascrizione le sentenze di vendita all'incanto di proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci di ipoteca, eccettuato il caso di vendita seguìta nel giudizio di purgazione a favore del terzo possessore che ha istituito il giudizio, ed eccettuate le aggiudicazioni seguìte agli incanti fra condivi-

---

(1) V. Luzzati, *Ibidem,* num. 256 a 261.

denti (art. 1932, num. 4.°). Come fu dichiarato espressamente nello stadio di elaborazione del Codice, la legge eccettua dall'obbligo della trascrizione la vendita seguìta nel giudizio di purgazione a favore del terzo possessore, che ha istituito il giudizio e le aggiudicazioni seguìte agli incanti fra condividenti, perchè nell'uno e nell'altro caso non vi ha traslazione di dominio. Non essendovi traslazione di dominio, non ricorreva la ragione su cui riposa l'istituto della trascrizione. Il Codice, nell'articolo 1034 proclama solennemente il principio, che ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti per incanto fra i coeredi, e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari. Adunque, la trascrizione, vale a dire « una formalità protettrice del diritto non può assumere una significazione contraria a quella che il legislatore ha prescelta. È stabilito che la divisione non è attributiva di diritti ma sòltanto esplicativa o dichiarativa. La proprietà ereditaria non trapassa colla divisione ad altri soggetti di diritto, ma dal defunto ai suoi rappresentanti. La trascrizione che simboleggia il passaggio della proprietà sarebbe un controsenso. La legge è consona a sè stessa sciogliendo dalla formalità la licitazione fra i coeredi (1). »

Il Supremo Collegio di Napoli decideva una importante quistione, in rapporto alla seconda eccezione di cui è parola al numero 4.° dell'articolo 1932. Quando la vendita è seguìta ai *pubblici incanti,* ma non fra soli condividenti, sebbene aggiudicatario ne sia rimasto un coerede, la sentenza è soggetta a trascrizione? La Corte rispose affermativamente. «La parola della legge è troppo chiara nel senso di escludersi le sole aggiudicazioni in sèguito di incanti avvenuti tra i coeredi. E conformemente a tale disposizione quella dell'articolo 1034 dichiara, che ciascun coerede è reputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti per incanto fra i coeredi, e l'articolo 988 permette gli incanti tra i soli condividenti. Dunque la legge ha voluto fare eccezione per le sole aggiudicazioni in sèguito di incanti fra coeredi, e quindi la regola dell'obbligo della trascrizione per tutte le altre è rimasta ferma. Non vale ri-

---

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II, § 4115.

correre alle leggi precedenti ed alle opinioni degli scrittori e giurisprudenza su di esse, perchè la parola dell'articolo 803 Leggi Civili napoletane era tutta diversa, non facendo la limitazione degli incanti tra coeredi, che è quello che costituisce la notevole differenza e l'eccezione ristretta dalla quale non può uscirsi. Non può ammettersi che una innovazione così importante non debba avere alcun effetto e che il legislatore l'abbia fatto per caso senza un fine ed un motivo, tuttochè non sieno espressi e discussi nella formazione del nuovo Codice, ma che nella chiarezza della parola della legge debbono senz'altro ritenersi. Ed ove pur si volessero indagare sarebbe facile rinvenirli in un sistema ed in una teoria più pura di diritto, sceverata da quelli euremi che abbondavano nelle precedenti legislazioni. E di vero quando l'aggiudicazione segue per incanti ristretti tra coeredi non è una vera vendita ma un assegno, e l'incanto non serve che come mezzo per fissare il prezzo, quando non si è di accordo sullo stesso; e l'immobile ereditario non esce dall'eredità e non si vende da essa per far rientrare nella massa il prezzo. È quello un modo di divisione che non produce alcuna mutazione, ma la consolidazione e l'assegno in favore di uno o più coeredi della cosa ereditaria. Ma quando invece l'incanto non è ristretto tra coeredi, ma è pubblico ed aperto a chiunque vuol concorrere, si verifica la vera vendita, la quale è fatta dall'eredità per far rientrare nella massa il prezzo di essa, che è sostituito all'immobile venduto, e dee dividersi insieme a tutti gli altri cespiti ereditarii fra coeredi. In tal caso ove risulti aggiudicatario uno di essi egli prende l'immobile come acquirente e non come assegnatario, ed è indifferente che ammessa la vera vendita per farne rientrare il prezzo alla massa lo acquirente sia un condividente o un estraneo (1). »

5.°

Contratti di locazione d'immobili eccedenti i nove anni.

Sono sottoposti alla trascrizione i contratti di locazione d'immobili eccedenti i nove anni (art. 1932, num. 5.°). Os-

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 25 giugno 1881; nella *Gazzetta del procuratore,* anno XVI, num. 25.

servava il Pisanelli nella *Relazione ministeriale*, che le locazioni degli immobili, allorchè sono convenute per un tempo assai lungo, vengono dalla legge reputate quali atti eccedenti la semplice amministrazione; esse tolgono per tutto quel tempo la piena e libera disponibilità del fondo locato, scemandone così notabilmente il valore commerciale. Sembrò logico che la legge, la quale assoggetta alla trascrizione l'atto per cui si acquista una servitù qualunque, che nelle sue conseguenze può molte volte costituire un peso di minore importanza del vincolo derivante da un lungo affittamento, dovesse anche sottoporre questo alla detta formalità. La Legge francese (di marzo 1855) limitò l'obbligo della trascrizione alle locazioni che eccedono il termine di diciotto anni; questa limitazione parve affatto arbitraria, mancando essa di ogni rapporto giuridico colle altre istituzioni del diritto civile. Più logica la Legge belga fissò il detto limite ai nove anni, essendo questo il termine, per cui i tutori, gli usufruttuari e generalmente coloro che non hanno il diritto o la capacità di fare atti eccedenti la semplice amministrazione, possono concedere locazioni di beni immobili. E tal norma appunto fu seguìta dal Codice italiano.

Crediamo opportuno di arrestarci sul fondamento razionale, accennato nella *Relazione ministeriale* del Pisanelli, del sistema della legge, che impone la trascrizione dei contratti di locazione eccedenti il novennio. Dal principio, che il conduttore non ha che un diritto di credito contro il locatore, si deduceva, sotto l'impero dell'antica giurisprudenza, la illazione logica che, in caso di vendita della cosa locata, il conduttore poteva essere licenziato dall'acquirente: *successor particularis non tenetur stare colono*. Avuto riguardo a tale sistema, il terzo acquirente non aveva alcun interesse alla pubblicità della locazione; se questa non gli conveniva, aveva la facoltà di licenziare l'inquilino o l'affittuario. Nel sistema del Diritto moderno l'acquirente deve rispettare la locazione (art. 1597). Di qui deriva che la pubblicità del contratto correlativo è della massima importanza pratica. Coloro che vogliono acquistare un immobile sono interessati a conoscere se esso è occupato o deve essere occupato da un conduttore, e quale è la durata di questa occupazione. I creditori ipotecari hanno parimente interesse alla pubblicità della locazione. La loro garantìa è riposta nel diritto di preferenza sul

prezzo dell'immobile. Per la efficacia di tale garantìa si richiede che l'immobile ipotecato, in caso di espropriazione forzata, sia venduto al suo giusto valore. Ora, nel caso di una lunga locazione, o non si presenteranno compratori, ovvero si presenteranno compratori che acquisteranno sotto condizioni rovinose pei creditori. Costoro perderanno una parte del loro credito, imperciocchè il prezzo non raggiungerà il valore sul quale essi facevano assegnamento (1).

L'articolo 3.° della mentovata Legge francese statuisce espressamente, che *les baux qui n'ont pas été transcrits ne peuvent jamais être opposés aux tiers pour une durée de plus de dix-huit ans*; quindi, pei diciotto anni, il contratto di locazione è valido anche rispetto ai terzi. Parimente, deve affermarsi presso di noi, sotto l'impero del Codice italiano, che il contratto di locazione eccedente il novennio, quando non sia trascritto, è nullo rispetto ai terzi solo per quel tempo che eccede il termine anzidetto; pel novennio deve anche dai terzi rispettarsi.

La Corte di appello di Napoli notava in proposito: « La disposizione dell'articolo 1932, numero 5.°, Codice civile, ad evitare il danno del terzo, che a qualunque titolo può acquistare o conservare diritti sull'immobile, limita, ma non impedisce il diritto di proprietà. Or, se il compratore è tenuto a rispettare le locazioni di data certa anteriore alla vendita (art. 1597, C. C.), se il citato articolo 1932 dice, che debbono trascriversi i contratti di locazione d'immobili *eccedenti i nove anni*, non già quelli stipulati per la durata di oltre nove anni; se ciò rivela sempre più il concetto, che dal primo giorno eccedente i nove anni comincia l'interesse apprezzabile dei terzi; e se conseguentemente solo l'eccesso dei nove anni reputar debbesi colpito dalla sanzione dell'articolo 1942 Codice civile; la locazione non trascritta eccedente i nove anni, per la massima *utile per inutile non vitiatur,* debbe rimpetto ai terzi limitarsi a nove anni, come fra le parti contraenti, per l'articolo 1571 Codice civile, si restringe a trent'anni la locazione fatta per un tempo maggiore (2). » La stessa dottrina fu accolta dal Supremo Collegio di Palermo: « La mas-

(1) V. Mourlon, *De la transcription,* num. 140; Paris, 1862.

(2) Corte di appello di Napoli; sentenza dei 3 maggio 1875; nella *Gazzetta del procuratore,* anno X, num. 17.

sima della riduzione dei contratti di locazione al tempo dalle leggi permesso, e giammai la inefficacia per tutto intero il periodo di essi, è di vecchia data. La legge nuova non ha menomato questo dettato, base di principî di alta giustizia, *utile per inutile non vitiatur* (1). »

6.°

Contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società eccede i nove anni o è indeterminata.

Perchè abbiano effetto riguardo ai terzi, devono rendersi pubblici col mezzo della trascrizione i contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società eccede i nove anni o è indeterminata art. 1932, num. 6.°). Nel Progetto sottoposto alla disamina della Commissione Coordinatrice non era stabilita la necessità della trascrizione pei contratti superiormente enunciati. Ma, sulla proposta del Ministro Guardasigilli, e dietro l'osservazione del Chiesi, che doveva seguirsi lo stesso criterio accolto in tema di contratti di locazione d'immobili eccedenti i nove anni, fu aggiunto dalla Commissione all'articolo 1957 del Progetto un numero nuovo, comprensivo dei contratti di società (2).

Nelle ipotesi contemplate dal legislatore si avvera, che il godimento degli immobili è comune a tutti i soci; donde promana che, nei rispettivi proprietarî dei beni, è scemata la piena disponibilità dei medesimi, e colla piena disponibilità n'è scemato eziandio il valore. Il Codice impone la trascrizione anche per le società di durata indeterminata. Del precetto della legge si possono assegnare due ragioni. La prima, che s'è voluta antivenire qualunque frode a danno dei terzi. La seconda, perchè, giusta l'articolo 1708 sotto il titolo *Della società*, in caso d'indeterminazione della durata,

(1) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 10 agosto 1880; nel *Foro italiano*, anno 1881, parte I, pag. 96.

(2) Verb. num. 48 della Commissione Coordinatrice.

si suppone che la società sia contratta per tutta la vita dei soci (1).

Certamente, anche in rapporto alla trascrizione dei contratti di società mentovati al numero sesto dell'articolo 1932, può osservarsi ciò che abbiamo notato in tema di locazioni di immobili eccedenti il novennio, che dai medesimi non deriva nessuna trasmissione di dominio. Ma, ciò non ostante, l'ordinamento della legge, che impone la trascrizione dei medesimi, è ragionevolissimo, avuto riguardo alle considerazioni di economia sociale su cui precedentemente ci siamo arrestati. Anche in questa occasione ci sarà consentito di far tesoro del responso del giureconsulto romano: *lex effecit providenter*. Appunto a queste considerazioni si ebbe riguardo dalla Commissione Coordinatrice delle disposizioni del Codice civile. Il Chiesi, e lo abbiamo avvertito, pur ritenendo che rigorosamente la forma della trascrizione si dovesse imporre solo per gli atti di traslazione di dominio, soggiungeva che non vi doveva essere discordanza nel sistema del Codice, secondo che trattavasi di locazioni di immobili o di contratti di società di cui facevano parte beni della medesima natura.

7.°

Atti e sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni.

Nel sistema del Codice, la trascrizione è stabilita eziandio per gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni (art. 1932, num. 7.°). Nel Progetto ministeriale il termine era di *un anno*. La Commissione Senatoria lo estese a *tre anni*, seguendo le orme della Legge francese del 1855. Il termine del Progetto ministeriale parve alla Commissione troppo stretto: « e tale da creare un vincolo vessatorio di soverchio a carico del locatore, senza che d'altro canto apparisse ben dimostrata la convenienza di sommettere all'obbligo della trascrizione le cessioni di fitti e di pigioni trascorrenti il breve limite di un anno. »

(1) V. Luzzati, *Ibidem*, num. 321.

Come decideva il Supremo Collegio di Napoli, il compratore che trovi convenuta nel contratto di locazione di data certa anteriore alla vendita, ma non trascritto, un'anticipazione oltre i tre anni, è tenuto a rispettarla pel suindicato periodo che ricadrebbe nel tempo posteriore all'acquisto. Riferiamo il ragionamento della Corte:

« Il numero settimo dell'articolo 1932 dichiara soggetti alla trascrizione gli atti contenenti liberazione di fitti non ancora scaduti per un termine maggiore di tre anni; e l'altro articolo 1942 nega qualunque effetto riguardo ai terzi, che abbiano acquistato diritti sugli immobili, ai suddetti atti non trascritti. L'obbietto della formalità della trascrizione non riguarda i contraenti, ma i terzi, onde non sieno questi ingannati. La legge obbliga però i terzi a rispettare gli affitti non eccedenti i nove anni, purchè sieno di data certa anteriore alla vendita (art. 1597 e 1932, num. 5); e le anticipazioni infra il triennio (art. 1932, num. 7 e 1942): reputando tali atti attinenti all'amministrazione e necessari ai proprietari pel buon governo dei loro beni. Se l'acquirente è tenuto a rispettare l'affitto di data certa per nove anni e l'anticipazione per tre anni, anche non trascritta, non potrebbe richiamare a suo favore il tempo decorso anteriormente alla vendita; dacchè tale termine non riguarda lui, ma il venditore. Tutto quello che sia interceduto tra venditore e fittaiuolo prima della vendita non interessa l'acquirente: i rapporti di costui col fittaiuolo cominciano dal giorno dell'acquisto e vengono regolati dai memorati articoli (1). »

Tenuto conto della disposizione racchiusa nel numero 7.° dell'articolo 1932, e del principio generale enunciato nell'articolo 1942, si trae che il *compratore volontario* ed i *creditori* (nel caso di espropriazione forzata), debbono rispettare le cessioni e le liberazioni delle pigioni e dei fitti di data certa anteriore all'alienazione, non eccedenti tre anni; e di qualunque durata, se gli atti da cui risultano sono trascritti anteriormente alla trascrizione del contratto di alienazione ovvero alla trascrizione del precetto. Invece, il *compratore all' asta pubblica* non è tenuto a rispettare le anticipazioni dei fitti e delle pigioni, ad eccezione di quelle che siansi

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 14 gennaio 1882, nel *Foro italiano,* anno 1882, parte I, pag. 94.

fatte secondo la consuetudine locale. Ciò si ricava dall'ultimo capoverso dell'articolo 687 del Codice di procedura civile: « Il pagamento dei fitti e dei canoni anticipati non si può opporre al compratore, salvo che sia fatto in conformità della consuetudine locale. » E qui vuolsi osservare, che la disposizione racchiusa nel mentovato capoverso del Codice ritologico deve applicarsi: 1.° quando il conduttore ha anticipato i fitti o le pigioni; 2.° quando ad altro titolo n'è stato liberato; 3.° quando i fitti o le pigioni sono stati ceduti ad un terzo. La formola ristretta usata dalla legge equivale all'altra, che al compratore all'asta pubblica non possono opporsi le liberazioni e le cessioni dei fitti e delle pigioni.

Come si conciliano le disposizioni dianzi accennate, del Codice civile e del Codice di procedura civile? Noi accettiamo, nella sua interezza, la dottrina svolta dal Mirabelli, in una monografia pubblicata su tale argomento.

Dal perchè il compratore all'asta pubblica ha il diritto di esigere le pigioni ed i fitti, non ostante che il conduttore ne sia stato liberato, ovvero siano stati ceduti, nei modi e nei limiti degli articoli 1932 e 1942 Codice civile, non promana la conseguenza che i diritti del cessionario o del conduttore restino *annullati*. Il R. Editto ipotecario (art. 123) ed i Codici ritologici del 1854 (art. 817) e 1859 (art. 844) degli Stati Sardi, dopo lo stabilimento della regola riprodotta nell'ultimo capoverso dell'art. 687 del Codice di procedura civile italiano, soggiungevano: « salvo al conduttore il diritto di ottenere il rimborso sul prezzo con prelazione o per contributo. » Questa clausola terminativa fu soppressa nel nostro Codice, come inutile ridondanza. Ma dalla medesima si trae, che fondamento del diritto concesso al compratore di non rispettare le anticipazioni, non fosse la presunzione di frode; imperciocchè, se così fosse stato, non si sarebbe concesso al conduttore il diritto del rimborso sul prezzo con prelazione o per contributo. Fondamento principale della disposizione fu quello di non implicare il compratore in una lite, alla quale non avesse interesse, e fare che il conduttore facesse valere i suoi diritti in contraddizione dei veri interessati, nella sede della graduazione; quindi deve estimarsi la suddetta disposizione, improntata dalla legislazione sarda, come un progresso nell'ordine dei giudizi. In altre parole, il compratore all'asta, obbligato dal giorno dell'acquisto a pa-

gare gl'interessi sul prezzo, ha il diritto di esigere le pigioni ed i fitti dal conduttore, sebbene costui sia stato liberato dal precedente proprietario, ovvero siasi avverata la cessione delle pigioni o dei fitti. Ma i conduttori ed i cessionari conservano il diritto di concorrere in graduazione per rivalersi sulla massa delle somme loro dovute, con prelazione o per contributo, secondo gli articoli 1932 e 1942 del Codice civile, perchè la massa si compone del prezzo sostituito all' immobile e degli interessi sostituiti ai frutti. Questa trasformazione della cosa e dei frutti nel loro valore opera la trasformazione del diritto dei conduttori e dei cessionari sui frutti in quello sulla massa del prezzo e degli interessi. È una immediata liquidazione e soddisfazione dei loro crediti disposta con evidente sentimento di giustizia e di equità (1).

8.°

Sentenze che dichiarano l' esistenza di una convenzione verbale della natura di quelle enunciate nei numeri precedenti.

La legge impone, che debbano rendersi pubbliche col mezzo della trascrizione le sentenze che dichiarano l'esistenza di una convenzione verbale della natura di quelle enunciate nei numeri precedenti (art. 1932, num. 8.°). Tanto fra gli scrittori, come nel campo della giureprudenza, è surta una gravissima quistione per conciliare la disposizione contenuta nel numero ottavo dell'articolo 1932, dianzi riferito, colla disposizione racchiusa nell'articolo 1314 del Codice.

Giusta l'articolo 1314, la scrittura è richiesta non semplicemente *ad probationem*, ma *ad solemnitatem*, per le convenzioni che trasferiscono proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, che costituiscono o modificano servitù prediali, o diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto ecc. Ora, il numero ottavo dell' articolo 1932 suppone la esistenza di una convenzione verbale sugli oggetti dianzi indicati. Come si può immagi-

---

(1) V. Mirabelli, *Commento dell'ultimo capoverso dell' articolo 687 del Codice di procedura civile*; nella Raccolta, *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano;* Torino, 1889.

nare una sentenza che dichiari la esistenza di una convenzione verbale, che, giusta l'articolo 1314, non può esistere verbalmente?

Abbiamo detto, che l'articolo 1314 del Codice richiede la scrittura *ad solemnitatem*; come direbbe Grozio, *ut pars substantiae contractus*. Ben è vero, che qualche scrittore non ha dubitato di propugnare l'opposta dottrina; non ha dubitato di sostenere che: « la scrittura richiesta dall'articolo 1314 lo sia *probationis causa*, e che non altramente sia da intendersi la nullità ivi contemplata se non che per rapporto alla prova e non mai all'atto che la legge vuol racchiuso in uno scritto (1). » E troviamo un pronunziato del Supremo Collegio di Napoli, dove per le locazioni eccedenti il novennio, contemplate espressamente dall'articolo 1314, si dice colla maggior sicurezza, come se venisse enunciato un assioma giuridico: « La legge vuole sì la scrittura per le locazioni eccedenti i nove anni, ma la vuole certo *quoad probationem, non quoad solemnitatem* (2). » Ma l'autorità del Supremo Collegio di Napoli e l'avviso di qualche scrittore non ci potranno consigliare a sconoscere una teoria che risulta dal testo medesimo della legge; che fu dichiarata nei lavori preparatorî del Codice; che da moltissimi fu applaudita, da pochi censurata, come innovatrice del diritto preesistente.

Ciò premesso, come si concilia il sistema fermato nell'articolo 1314 colla disposizione contenuta nel numero ottavo dell'articolo 1932? Alcuni han cercato di togliere questa antinomia ricorrendo ad alcuni casi eccezionali e rarissimi ad avverarsi. Ne ricordiamo due. Giusta l'articolo 635 del Codice, il proprietario può, senza il consenso dell'usufruttuario, imporre al fondo le servitù che non pregiudicano al diritto di usufrutto: coll'assenso dell'usufruttuario può imporvi anche quelle che lo diminuiscono. Il consenso dell'usufruttuario può prestarsi in qualsivoglia forma; esso può presumersi quando sianvi la scienza e la pazienza; la scienza della concessione della servitù, la pazienza durante l'esercizio della medesima. Ora figuriamo la ipotesi che, in caso di contesta-

(1) V. Natoli, *Saggio d'interpretazione dell'articolo 1314 del Codice civile;* nell'*Archivio giuridico,* Vol. VII (anno 1871).

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 27 aprile 1882; nella *Legge,* anno XXII, Vol. II, pag. 228.

zione, una sentenza del magistrato accerti la esistenza della scienza e della pazienza dell' usufruttuario, allo effetto della valida costituzione della servitù, questa sentenza dovrà trascriversi ai termini del numero ottavo dell'articolo 1932. Un secondo esempio si ha nel caso che venisse accertata con sentenza una convenzione verbale di tal natura, per la quale il Codice vigente richiede l'atto scritto, ma che fu posta in essere in paese straniero dove non si richiede la formalità della scrittura. In tal caso, senza violare l'articolo 1314, una sentenza potrebbe accertare una convenzione verbale della natura di quelle enunciate nei diversi numeri dell'art. 1932, e questa sentenza dovrebbe trascriversi.

Ma, francamente, noi non possiamo accettare questo sistema di conciliazione. Non si può presumere che il legislatore abbia, colla così ampia locuzione del numero ottavo dell'articolo 1932, avuto in mente queste ipotesi singolari, che nella pratica si presentano molto raramente: *quod semel aut bis accidit praetereunt legislatores*. Certo, noi lodiamo la intenzione degli interpreti che si propongono di salvare la legge dalla nota di contraddizione; ma, pur lodando questo proposito, crediamo miglior consiglio di affermare con franchezza l' antinomia, fra l' articolo 1314 e il numero ottavo dell'articolo 1932, ed assegnarne la ragione.

In Francia non esiste la disposizione dell'articolo 1314 del nostro Codice; ecco perchè, nella Legge dei 23 marzo 1855 (num. 3.° dell'articolo 1.° e num. 3.° dell'articolo 2.°), si parla di convenzioni verbali, intorno alla traslazione di proprietà immobiliare o di diritti capaci d' ipoteca ecc. (1). Il nostro

(1) Riferiamo il testo dei due articoli della Legge francese: Art. 1: « Sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des biens: 1.° Tout acte entre vifs translatif de propriété immobilière, ou de droits réels susceptibles d' hypothèque; 2.° Tout acte portant rénonciation à ces mêmes droits; 3.° *Tout jugement qui déclare l' existence d'une convention verbale de la nature ci-dessus exprimée;* 4.° Tout jugement d' adjudication autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant. » Art. 2: « Sont également transcrits: 1.° Tout acte constitutif d' antichrése, de servitudes, d' usage et d'habitation; 2.° Tout acte portant rénonciation à ces mêmes droits; 3.° *Tout jugement qui en déclare l'existence en vertu d'une convention verbale;* 4.° Les baux d'une durée de plus de dixhuit années; 5.° Tout

legislatore mutuava in gran parte il sistema della trascrizione dalla Legge francese del 1855; e, riproducendo il numero 3.° dell' articolo primo ed il numero 3.° dell' articolo secondo della medesima, dimenticava che le disposizioni ivi sancite non erano in corrispondenza col disposto del precedente articolo 1314; articolo, ripetiamo, che non si trova nel Codice Napoleone (1).

Resta dunque fermo che, per gli atti designati nell'articolo 1314 del Codice, non può parlarsi di *convenzione verbale;* per questi atti lo scritto, come abbiamo osservato arrestandoci di proposito su tale articolo, è richiesto dal nostro legislatore *solemnitatis causa.* E, come ha ritenuto benissimo la giurisprudenza prevalente: se le parti che stipulano uno dei contratti designati nell'articolo 1314, debbono a pena di nullità manifestare il consenso mediante la scrittura, ne consegue che anche colui il quale vuole stipulare uno di tali contratti mediante mandato, deve esprimere il consenso con la stessa forma legittima della scrittura; e perciò il mandato deve essere scritto a pena di nullità. La legge, nel prescrivere che quei contratti non possano farsi senza almeno una scrittura privata, ha chiaramente espresso che quello sia l'unico mezzo, col quale si possa validamente prestare consenso ai medesimi. Onde sarebbe incongruenza inammissibile che, per stringere direttamente questi contratti, fosse indispensabile la manifestazione del consenso per iscritto, e che si potesse poi farne a meno col valersi dell'opera d'un mandatario; mentre il mandato non funge che come mezzo per esimersi dal personale intervento alla stipulazione, e quale veicolo per apportarvi nondimeno quel consentimento senza del quale stipulazione non vi sarebbe, ed inoltre per nulla detrae all' obbligo imposto, sotto pena di nullità, di prestarlo nella forma solenne della scrittura. Epperò, trattandosi di convenzioni che non si hanno per conchiuse finchè non siano tradotte almeno in una scrittura privata, alla cui esistenza si

---

acte ou jugement constatant même pour bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyer ou fermage non échus. »

(1) V. Biagioni, *Sulla antinomia del disposto dell'articolo 1314 del Codice civile col disposto nel numero 8.° dell'articolo 1932 del detto Codice;* nel *Filangieri,* anno VI, quad. IV (aprile, 1881).

richiede la sottoscrizione d'entrambe le parti, il mandato consustanziale alla medesima, come quello in cui risiede la enunciazione del consenso prestato dal mandante coll'interposizione di procuratore, deve andare soggetto alla forma essenziale dell'atto che ha per obietto; avvegnachè, nello stesso modo che la persona del mandatario si unifica con quella del mandante, così il mandato va a compenetrarsi nella stipulazione in forza del medesimo conchiusa. In Francia, dove si è trattata la quistione della forma del mandato per fare atti pubblici, allorquando sono prescritti dal Codice Napoleone, la giurisprudenza e la maggior parte degli scrittori si accordano nel ritenere, che quando la legge esige l'atto pubblico come forma solenne d'una convenzione, non basta che il mandato sia conferito per iscrittura privata; ma che potesse poi bastare un mandato verbale, è quistione che non fu neanche sollevata (1).

La controversia dianzi esaminata nasce ordinariamente trattandosi di vendita immobiliare. Or, posto in sodo che il mandato relativo ad un simile contratto deve risultare da uno scritto, potrebbe sorgere la quistione, in tema di trascrizione, se sia o pur no necessario di trascrivere il mandato insieme all'atto di vendita.

Tale quistione fu sollevata in Francia, sotto l'impero della Legge degli 11 Brumaio anno VII; ed il Merlin propugnava la sentenza negativa, osservando: « La legge esige solo la trascrizione del contratto; la trascrizione del contratto basta dunque per soddisfare il suo voto, purchè, d'altronde, la esistenza della procura sia certa. » Il Martou, autore di un comento alla legge belga sui privilegi e sulle ipoteche dei 16 dicembre 1851, sosteneva invece, che la procura essendo elemento essenziale e necessario dell'atto cui si riferisce fa un sol tutto con esso, e che, riuniti, i due atti formano il titolo della mutazione; laonde il notaio è obbligato ad unire le procure dei contraenti alle minute degli atti, nè può spedire copia dell'atto, senza spedire nello stesso tempo la procura. La copia presentata alla trascrizione comprendendo la procura ed il contratto cui ha dato origine, e con cui forma, materialmente ed intellettualmente, un titolo unico, riesce evi-

(1) Corte di appello di Brescia; sentenza dei 30 gennaio 1876; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1876, parte III, pag. 242.

dente che, trascrivendo il contratto senza la procura, si viola la legge che esige per intero la trascrizione. A questa argomentazione si trova una risposta data dal Troplong: non è la procura che trasferisce la proprietà, ma la vendita consentita in virtù di questa procura. A soddisfare l'interesse dei terzi, basta che sia nell'atto di mutazione enunciato il mandato.

Passiamo al Codice italiano. Presso di noi, osserveremo col Luzzati, il conservatore delle ipoteche, custodendo negli archivi in appositi volumi i titoli che gli vengono consegnati, e trascrivendo nel registro particolare delle trascrizioni il contenuto delle note, di cui all'articolo 1937, la questione si modifica alquanto. Dovransi gli atti presentare agli archivi con tutto il corredo degli allegati, delle inserzioni ecc., oppure non dovrassi presentare che l'atto di cui si domanda la trascrizione? Parliamo solo degli atti destinati ad essere custoditi negli archivi, perchè i requisiti della *nota,* il cui contenuto deve trascriversi nel registro particolare delle trascrizioni, sono chiaramente determinati dall'articolo 1937. Noi, dice il Luzzati, adottiamo la soluzione già accolta dal Merlin, e, in generale, dai commentatori francesi. La legge esige la presentazione del solo atto di cui si domanda la trascrizione. Il conservatore delle ipoteche non potrebbe volere di più senza andar oltre la legge. Un contrario sistema renderebbe onerosissima la trascrizione, e condurrebbe, se spinto alle sue logiche conseguenze, all'assurdo che si dovesse, ad esempio, per la trascrizione di un atto con cui un erede dispone dei beni del suo autore, presentare, coll'atto, o il testamento da cui risulta la qualità d'erede nel venditore, o gli atti constatanti la sua qualità di successore legittimo.

9.°

Altri atti soggetti a trascrizione nel sistema del Codice italiano.

Statuisce l'art. 1933, che si devono pure trascrivere per gli effetti speciali stabiliti dalla legge: 1.° Il precetto nei giudizi di esecuzione sopra beni immobili; 2.° La dichiarazione di accettazione dell'eredità col benefizio d'inventario in conformità del capoverso dell'articolo 955; 3.° Le domande di

rivocazione, di rescissione e di risoluzione indicate negli articoli 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553 e 1787. La trascrizione delle dette domande sarà annotata in margine della trascrizione dell'atto di alienazione. Noi dobbiamo esaminare partitamente ciascuno dei tre numeri del riferito articolo del Codice, esponendo gli *effetti speciali* per cui è richiesta la trascrizione.

A) *Precetto nei giudizi di esecuzione sopra beni immobili.*—Deve essere trascritto il precetto nei giudizi di esecuzione sopra i beni immobili. Gli effetti che la trascrizione del precetto, in questi giudizi, è destinata a produrre, sono della massima importanza. E, veramente, dalla data della trascrizione del precetto i frutti dei beni nello stesso indicati sono distribuiti unitamente al prezzo dei beni medesimi; il debitore non può alienare i beni stessi nè i frutti, e ne rimane in possesso come sequestratario giudiziale, eccettochè sulla istanza di uno o più creditori il tribunale reputasse opportuno di nominare un altro sequestratario (1.° cap. dell'art. 2085). Avuto riguardo al sistema della legge si ha dunque, che gli effetti speciali prodotti dalla trascrizione del precetto nei giudizi di esecuzione sopra beni immobili, sono tre: 1.° I frutti dei beni indicati nel precetto sono immobilizzati. Giusta l'art. 411 del Codice, i frutti della terra e degli alberi diventano mobili a misura che sono raccolti o separati dal suolo, quantunque non siano trasportati altrove, *salvo che la legge disponga altrimenti*. L'art. 2085 ci presenta un esempio di una disposizione della legge, che deroga al principio generale, formulato da Ulpiano colle parole: *vinum et fructus percepti, villae non esse constat.* 2.° Il debitore è privato della facoltà di alienare tanto i beni indicati nel precetto, quanto i frutti dei medesimi; ma, come osserveremo in sede opportuna, anche dopo la trascrizione del precetto, non può ritenersi interdetta al debitore la concessione d'ipoteche in rapporto agli immobili colpiti dal precetto. 3.° Di regola, è il debitore stesso che resta in possesso dei beni, in qualità di sequestratario giudiziale; ma il magistrato, sulla istanza di uno o più creditori, se lo reputa opportuno, può nominare un altro sequestratario. Il magistrato, come dichiarò il Pisanelli nella *Relazione ministeriale*, procederà a questa nomina nel caso che vi fosse pericolo di danno pei creditori, lasciando al debitore il possesso dei beni colpiti dall'esecuzione.

B) *Dichiarazione di accettazione dell'eredità col benefizio dell' inventario.*—Deve essere trascritta la dichiarazione di accettazione dell'eredità col benefizio d'inventario in conformità del capoverso dell'articolo 955. Statuisce la prima parte dell'art. 955, che la dichiarazione di un erede, che egli non intende di assumere questa qualità, se non col benefizio dell'inventario, debb'essere fatta nella cancelleria della pretura del mandamento in cui si è aperta la successione, ed iscritta nel registro destinato a ricevere gli atti di rinunzia. È soggiunto nel capoverso dell'articolo 955, che tale dichiarazione entro un mese successivo sarà per cura del cancelliere trascritta all'uffizio delle ipoteche del luogo in cui si è aperta la successione, ed inserita per estratto nel giornale degli annunzi giudiziari.

Quali sono gli *effetti speciali* che, nel sistema del Codice, deve produrre la trascrizione della dichiarazione di accettazione della eredità col benefizio dell' inventario? Un espositore del nostro Codice, il Ricci, osserva in proposito che l' obbligo della trascrizione nella specie manca di sanzione. Il legislatore, infatti, non fa dipendere gli effetti dell'accettazione con benefizio d'inventario dalla eseguita trascrizione, bensì dall' adempimento di altre formalità da esso stabilite. All'erede basta avere adempiute queste formalità per opporre il benefizio della legge di fronte ai terzi; quindi, non trascritta la relativa dichiarazione dell'erede, non per questo esso perde il diritto d'invocare gli effetti della beneficiata adizione. A conforto di questa tesi si può anche osservare, che l'obbligo di eseguire la trascrizione è imposto dall' art. 955 al cancelliere della pretura del mandamento in cui la successione si è aperta, e la dichiarazione si è fatta dall'erede; ora sarebbe logico, che il cancelliere, col trascurare l' adempimento del suo dovere, potesse pregiudicare la condizione dell'erede benefiziato che ha adempiuto tutte le formalità dalla legge prescritte? L' art. 955 non dichiara tenuto il cancelliere al risarcimento dei danni, ove trascuri di trascrivere nel termine prefisso la dichiarazione fatta di accettare l' eredità con benefizio d'inventario; però gli sarebbe applicabile il principio generale di diritto, che obbliga colui, per colpa del quale è avvenuto il danno, a risarcirlo. Ma nel caso pratico non ci è dato concepire il danno che all'erede od ai terzi possa derivare dall' omessa trascrizione; imperocchè, se non è la

trascrizione quella che dà effetto alla dichiarazione di accettare l'eredità con benefizio d'inventario, bensì lo adempimento delle formalità dalla legge prescritte, è chiaro che nè l'erede, nè i terzi possono essere pregiudicati dal difetto di trascrizione (1). Accettando queste osservazioni del Ricci, si dovrebbe affermare che, avuto riguardo al sistema del Codice, nessun *effetto speciale* promana dalla trascrizione richiesta dal numero 2.° dell'art. 1933. Eppure, a noi non sembra consentito di adottare questa opinione. La importanza della trascrizione richiesta dalla legge si ravvisa in rapporto al modo del pagamento dei creditori ereditari e dei legatari. Giusta il primo capoverso dell'art. 976: « se non vi sono opposizioni, *decorso un mese dalla trascrizione ed inserzione di cui è cenno nell'articolo 955*, ovvero dal compimento dell'inventario quando la detta pubblicazione sia stata anteriore, l'erede paga i creditori ed i legatari a misura che si presentano, salvi però i loro diritti di pozioritá. » I creditori non opponenti, i quali si presentano dopo esausto l'asse ereditario nel soddisfacimento degli altri creditori e dei legatari, hanno soltanto regresso contro i legatari. Questa azione si estingue col decorso di tre anni da computarsi dal giorno dell'ultimo pagamento (art. 977). Di qui deriva, che massima è la importanza della trascrizione della dichiarazione di accettazione di eredità col benefizio dell'inventario. Essa, di regola, è destinata a determinare il *dies* per il pagamento dei creditori ereditari e dei legatari. L'erede benefiziato non può pagare prima del termine designato dalla legge; i creditori, legalmente avvertiti colla pubblicità della trascrizione, e che nondimeno si presentano *post emensum patrimonium*, si possono rivolgere, entro un tempo ristrettissimo, soltanto contro i legatari soddisfatti, ma nessuna azione loro compete contro altri creditori che, solleciti nell'esercizio del loro diritto, hanno avuto il pagamento del credito.

C) *Domande di rivocazione, di rescissione e di risolu-*

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, num. 23. — Allo stesso modo osserva il Pacifici-Mazzoni: « La posizione giuridica dell' erede rispetto alla eredità e ai creditori ereditari è manifestata dalla formalità dell'accettazione (art. 955); cosicchè la trascrizione dell'accettazione rimane senza ragione; lo che è tanto più grave, essendo eccezionale. » (*Istituzioni*, Vol. VI, num. 150 *in nota*, 2.ª ediz.).

zione enunciate dal Codice.—Si devono trascrivere le domande di rivocazione, di rescissione e di risoluzione indicate negli articoli 1080 (rivocazione della donazione per causa d'inadempimento dei pesi imposti al donatario), 1088 (rivocazione della donazione per ingratitudine o per sopravvegnenza di figli), 1235 (rivocazione degli atti compiuti *in fraudem creditorum*), 1308 (rescissione per causa di lesione), 1511 (risoluzione della vendita d'immobili per l'inadempimento degli obblighi del compratore), 1553 (risoluzione della permuta, quando uno dei permutanti prova che l'altro contraente non è proprietario della cosa che ha dato in permuta, o quando un permutante ha sofferto l'evizione della cosa ricevuta in permuta), e 1787 (risoluzione del contratto di rendita costituita per inadempimento dei pesi). La trascrizione delle dette domande sarà annotata in margine della trascrizione dell'atto di alienazione.

Assorgiamo in proposito ad una teoria generale. In caso di vendita, di donazione, di permuta ecc. l'acquirente, dopo il suo acquisto, ha concesso sull'immobile un diritto reale. Risoluto l'acquisto, si deve rispettare, a favore del terzo, il diritto reale? Il Codice rende omaggio al principio, *resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum,* nei seguenti casi: 1.° Quando l'atto si annulla, perchè uno dei contraenti fu incapace di contrattare; 2.° Quando l'atto si annulla per vizio nel consenso; 3.° Quando l'atto si dichiara nullo per mancanza di alcuna delle condizioni o delle formalità richieste alla sua essenza; 4.° Quando l'atto è rivocato in forza di una condizione risolutiva espressa nel titolo, e indipendente dalla volontà e dal fatto dell'acquirente; 5.° In caso di riduzione delle liberalità eccedenti la quota disponibile. In tutti questi casi, non si tien conto dei diritti reali concessi ai terzi. Invece, quando per altre cause, che non siano quelle superiormente enunciate, viene a cessare il diritto del concedente, si rispettano i diritti reali che i terzi hanno acquistati e conservati nei modi di legge, anteriormente alla trascrizione delle domande di risoluzione, di rivocazione o di rescissione.

La trascrizione delle domande di rivocazione, risoluzione o rescissione produce l'effetto « di vincolare gli acquisti fatti dopo di essa all'esito delle liti promosse con quelle domande giudiziali: di modo che gli atti di alienazione dei quali si chieda la rescissione, la revoca o la risoluzione, sebbene non siano macchiati da vizi radicali od intrinseci, che ne indu-

cano la nullità, e non siano soggetti a condizioni risolutive espresse negli atti medesimi, quando vengano rescissi, rivocati o risolti, lo siano, pel fatto della trascrizione anteriore, anche rispetto a quei terzi che avevano sugli immobili acquistato un qualche diritto. Consegue pure, che la trascrizione delle dette istanze giudiziali non impedisce adunque l'alienazione degli immobili, sebbene col vincolo risolutivo dell'accoglimento delle domande stesse: locchè equivale appunto a quanto osservavasi nella Relazione governativa sul patrio Codice civile, che cioè la trascrizione impedirebbe soltanto ai terzi di acquistare diritti irrevocabili (1). »

Come dianzi abbiamo osservato, nel sistema del Codice italiano, in parecchi casi, pur venuto meno il diritto del concedente, permangono saldi i diritti reali che i terzi hanno acquistati e conservati nei modi di legge, anteriormente alla trascrizione delle domande di risoluzione, di rivocazione e di rescissione. Perchè il legislatore, in questi casi, non ha prestato ossequio al principio: *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum?* Il Curcio chiama il nostro Codice *terzomane;* e rassomiglia la condizione dei *terzi,* giusta il sistema della legislazione italiana, a quegli asili del medio evo, alla porta dei quali rompevasi la spada della giustizia (2). A noi non sembra giusto tale rimprovero; la *Relazione ministeriale* del Pisanelli rende pienissima ragione del sistema accolto nel Codice:

« Se l'atto è nullo perchè uno dei contraenti si trova incapace di contrattare, o perchè non fu libero il consenso, o perchè manca alcuna delle condizioni o delle formalità richieste alla sua essenza, non si può ammeno di far risalire la pronunziata nullità al tempo della sua stipulazione; ciò che è nullo non ha potuto produrre alcun effetto. La trascrizione che opera nei soli rapporti coi terzi, non ha potuto imprimere all'atto un valore di cui mancava; onde i diritti acquistati dai terzi devono cadere coll'atto medesimo. La stessa regola si applica al caso che l'atto venga rivocato in forza di una condizione risolutiva espressa nel titolo, e indipen-

---

(1) Corte di appello di Venezia; sentenza dei 20 marzo 1888; nella *Temi Veneta,* anno 1888, pag. 207.

(2) V. Curcio, *Lettere sul Codice civile del Regno d' Italia;* Bologna, 1866.

dente dalla volontà e dal fatto dell'acquirente. I terzi che contrattarono con questo potevano e dovevano conoscere la qualità del titolo, che serviva di giuridico fondamento alle loro stipulazioni; essi non hanno ragione di lagnarsi, se la risoluzione, che in tale caso ha luogo di diritto, diviene operativa anche nei loro rapporti. Si applica qui l'aforismo: *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.*

« La cosa sta diversamente quando la rivocazione o la risoluzione dei titoli si opera per un fatto dell'acquirente, come avviene nella rivocazione delle donazioni per ingratitudine del donatario, e generalmente nelle convenzioni per inadempimento dei pesi imposti o degli obblighi assunti dalle parti. I terzi che acquistano un diritto sull'immobile non possono ragionevolmente prevedere il fatto che dà luogo alla rivocazione o risoluzione dell'atto. Sarebbe d'altronde ingiusto che dovessero sopportare le conseguenze di una colpa non propria: il loro diritto deve rimanere saldo, qualunque sia per essere la sorte dell'atto trascritto. Ciò è anche applicabile alla specie, in cui l'atto venga impugnato dai creditori come fatto dal debitore in frode delle loro ragioni, imperocchè i terzi che contrattano in buona fede coll'acquirente, non conoscono e non hanno facile mezzo di conoscere la frode intervenuta col medesimo. Essi non devono sottostare alle conseguenze di un fatto a cui sono affatto estranei.

« Evvi ancora un altro caso, quello cioè in cui si richieda la rescissione di un atto per causa di lesione. Qui non si può dire che il titolo sia nullo, giacchè il compratore può a sua volontà farlo sussistere, pagando il supplemento del prezzo. Non si tratta perciò di nullità che colpisca l'atto nella sua essenza, ond'essere operativa rispetto ai terzi, ma di un vizio che riguarda più specialmente i rapporti personali di obbligazione del compratore verso il venditore.

« Sebbene gli accennati motivi non possano esattamente applicarsi al caso della donazione rivocata in forza della sola disposizione della legge per sopravvegnenza di figli al donante, si è creduto tuttavia opportuno e necessario di estendere a tale caso le disposizioni che regolano la risoluzione proveniente dal fatto di una delle parti. Trattasi di un avvenimento che non formò oggetto di convenzione fra le parti, che potendosi verificare per tutto il corso della vita del donante, renderebbe incerti per lungo tempo i diritti acquistati

dai terzi prima di quell'avvenimento, anzi prima che questo venga a loro cognizione.

« Se non che in tutti gli accennati casi, nei quali la risoluzione non opera di diritto nei rapporti dei terzi, era necessario di fissare una linea tra la buona fede e la mala fede dei medesimi. Quantunque l'atto non sia ancora risoluto, e non sia per anco emanata e trascritta la sentenza di risoluzione, se trovasi però in corso una domanda giudiziaria diretta a tal fine, e questa trascritta, ciò basta per impedire che i terzi possano ancora acquistare diritti irrevocabili sopra l'immobile. Colla pubblicità che sorge legalmente dalla trascrizione della domanda, vien meno in loro la buona fede sull'incontestato diritto del proprietario. »

E qui vogliamo osservare che, sotto l'impero del Diritto intermedio, si agitavano gravissime controversie dai giureconsulti italiani, per determinare gli effetti di fronte ai terzi della risoluzione di un rapporto giuridico. Il Sabelli richiama le discordi opinioni del Merlino, del de Luca, del Mantica, del Surdo e di altri scrittori, sulla applicazione della massima: *resoluto jure datoris, resolvi jus acceptatoris*. Egli si ferma specialmente all'esame della quistione: « An donatione revocata ex causa ingratitudinis, vel simili, extinguantur hypothecae a donatario medio tempore constitutae. » Coloro che propugnavano la dottrina, che si dovesse rispettare il diritto dei creditori ipotecari, facevano ricorso a questa ragione, che non ha perduta la sua efficacia sotto l'impero del Codice: « ne pendeat a potestate hypothecantis extinguere hypothecas vel alienationes factas revocare in praejudicium tertii, committendo ingratitudinem (1). » Come ripeteva il Pisanelli, i terzi non debbono sopportare le conseguenze di una colpa non propria.

Il numero terzo dell'articolo 1933 del Codice italiano ci presenta tutta quanta la teoria che deve essere seguìta nell'esame delle quistioni, così importanti nella vita pratica del diritto, delle conseguenze in rapporto ai terzi della risoluzione dei contratti. Svolgendo la dottrina del *consenso*, abbiamo accennato alla controversia, agitata fra gli espositori del Codice francese, se le azioni che competono a causa di

---

(1) V. Sabelli, *Summa diversorum tractatuum*, verb. *Hypotheca*, num. 47; Parmae, 1733.

errore, di violenza o di dolo siano *reali* o *personali*; vale a dire se l'azione per annullamento del contratto per uno di questi vizi da cui sia maculato estende la sua efficacia anche in rapporto ai terzi ai quali, *medio tempore*, è stato concesso un diritto reale. Abbiamo deciso che, tenuto conto del sistema del nostro Codice, l'azione deve reputarsi *reale*; imperciocchè il legislatore non subordina gli effetti della domanda per annullamento a causa di un vizio del consenso, relativamente ai terzi, alla formalità della trascrizione. Svolgendo la teoria del contratto vitalizio abbiamo esaminata la quistione, se può stipularsi il patto di risoluzione del contratto vitalizio per mancato pagamento delle annualità. Abbiamo accettata la risposta negativa. Il principale argomento a conforto di questa opinione si ricava appunto dal numero 3.° dell'articolo 1933, dove non è richiamato nessun articolo che riguardi il vitalizio; l'articolo richiamato è il 1787 che riguarda la rendita perpetua. Donde l'interprete deve ricavare la conseguenza, che la legge implicitamente suppone la impossibilità giuridica della risoluzione del contratto vitalizio.

Il Codice italiano ha statuito in parecchi casi, che la risoluzione di contratti e di acquisti immobiliari debitamente trascritti non possa avere effetto rispetto ai terzi, i quali abbiano acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile prima della trascrizione della domanda di risoluzione. In rapporto ad un solo di tali casi, cioè alla risoluzione per effetto dell'azione Pauliana (art. 1235), la legge dice espressamente che i terzi andranno esenti dagli effetti della risoluzione soltanto se non siano stati *partecipi della frode*. In tutti gli altri casi, il requisito della buona fede non è prescritto, come si può vedere negli articoli 1080, 1088, 1308, 1511, 1553 e 1787. Dal silenzio del Codice l'interprete ha il diritto di ricavare la conseguenza, che non deve essere molestato il terzo possessore, il cui acquisto è anteriore alla trascrizione della domanda di risoluzione, anche quando si può provare che all'atto di acquistare egli era in cognizione della esistenza della causa di risoluzione e del suo adempimento? Il Gabba ha risposto negativamente. « Sono principii di giustizia naturale, non meno che di legge positiva, che a nessuno deve giovare la mala fede, che nessuno devesi arricchire a danno altrui; che risoluto il diritto di chi dà, viene a ca-

dere anche il diritto conceduto: or bene come si può conciliare con questi principii la pretesa che taluno accampi di rimanere padrone di una cosa, che sapeva già, all'atto di acquistarla, aver perso il diritto di possederla colui medesimo che gliela trasferiva (1)? » A noi pare che questa teoria non può essere accolta. La indagine sulla buona o sulla mala fede dell'acquirente turberebbe integralmente il sistema della legge circa la trascrizione. L'obbligo della trascrizione, nei casi determinati dal Codice, la espressa dichiarazione che l'atto da trascriversi, ma non trascritto, non produce effetto di fronte ai terzi, il silenzio circa la necessità della buona fede da canto di colui che vuole giovarsi della mancanza di trascrizione, insomma tutto l'ordinamento statuito in proposito dal Codice ci consiglia a ritenere, che la mala fede dei terzi non esercita alcuna influenza quando si vogliono determinare gli effetti che derivano sia dalla trascrizione, sia dalla mancanza di essa. Dovremo ritornare su queste considerazioni, nell'esame dell'art. 1942 del Codice.

In forza dell' art. 1934, ogni sentenza colla quale si è pronunziato l'annullamento, la risoluzione, la rescissione o la rivocazione di un atto trascritto, deve essere annotata in margine della trascrizione dell'atto al quale si riferisce. L'annotazione sarà fatta per cura del procuratore della parte che ha ottenuta la sentenza, e in mancanza di procuratore per cura della parte stessa, entro un mese dacchè la sentenza è passata in giudicato, sotto pena di una multa di lire 100 estendibile a lire 200. Tale disposizione si deve alla Commissione Senatoria, che la mutuò dalla Legge francese del 1855; la suddetta Commissione avvisò « riuscire opportunissima nel sistema di compiuta pubblicità cosiffatta prescrizione. »

Gli scrittori discutono la quistione, se la sentenza la quale accoglie l'azione di rivendicazione, proposta contro l'acquirente *a non domino* di un immobile, deve essere annotata in margine della trascrizione dell'atto di alienazione. A conforto dell'opinione affermativa, s'è detto che la locuzione della

---

(1) V. Gabba, *Se la risoluzione di un contratto traslativo di proprietà di beni immobili possa avere effetto in confronto di terzi, i quali abbiano acquistato diritto su quei beni anteriormente bensì alla trascrizione della domanda di risoluzione, ma in mala fede*; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1875, parte IV, pag. 1.

legge è amplissima; e riguarda qualunque sentenza, che produca l'annullamento, la rescissione, la risoluzione o la rivocazione di un atto trascritto, senza distinguere tra il caso di annullamento diretto e quello di annullamento indiretto, tra quello in cui all'atto, del quale si pronunzia l'annullamento, abbia preso parte chi propone il giudizio, e quello in cui non vi abbia preso parte. Il Ricci a ragione propugna l'opposta teoria. L'azione in revindicazione è fondata sul diritto di dominio che spetta al revindicante, e il magistrato, che riconosce in lui tale diritto non ha d' uopo di pronunziare in alcun modo la nullità della vendita fatta del fondo da un terzo, ma accoglie la domanda unicamente perchè fondata sul riconosciuto diritto di dominio. Chi rivendica ciò che gli appartiene non domanda l'annullamento o la rescissione della vendita, o altro atto di alienazione compiuto dal terzo a riguardo della cosa sua, ma chiede che gli si restituisca l'oggetto del suo dominio (1). Questa teoria si trova accolta in un pronunziato della Corte di appello di Lucca. Fra gli atti enumerati dal Codice, come soggetti a trascrizione, per poter essere opposti ai terzi: « non sono in alcun modo annoverate le sentenze declarative di proprietà sopra azione revindicatoria, e i processi verbali della discussione sorta su questo speciale argomento nel seno della Commissione legislativa, incaricata della revisione e coordinazione del relativo Progetto, fanno fede che non fu creduto opportuno sottoporvele (2). »

III.

Forme statuite dal Codice per la trascrizione.

In qual modo deve farsi la trascrizione? La trascrizione non può farsi se non in forza di sentenza, di atto pubblico, o di scrittura privata. Gli atti però risultanti da scrittura privata non possono essere trascritti, se le sottoscrizioni dei contraenti non sono state autenticate da notaio od accertate

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, num. 26.

(2) Corte di appello di Lucca; sentenza dei 3 agosto 1867; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1867, parte II, pag. 485.

giudizialmente. Le sentenze e gli atti seguìti in paese estero devono essere debitamente legalizzati (art. 1935). A questo proposito vuole essere riferito l'art. 57 della Legge consolare, dei 28 gennaio 1866: « I consoli legalizzano gli atti e documenti spediti nello Stato ove risiedono, quando sono destinati a far fede avanti le autorità nazionali, e quelli spediti dalle autorità nazionali quando son destinati a far fede avanti le autorità estere, previa, quanto agli ultimi, la legalizzazione del Ministero per gli Affari esteri, o dell' autorità da lui delegata. »

Deve ritenersi improduttiva di effetti giuridici la trascrizione di un atto che non sia autentico, nè abbia la forza dell'atto autentico. Osservò a tal riguardo la Corte di appello di Modena: « Le statuizioni degli art. 1935 e 1936 Codice civile intendono ad assicurare ai terzi, che consultano i pubblici registri ipotecari, la verità dei fatti e dei contratti, che con la trascrizione si mettono a notizia del pubblico; e cotesta sicurezza non è possibile ottenere se non quando l'atto, che li enuncia, è autentico od ha la forza dell'atto autentico. E se nell' atto che viene trascritto non ricorrono tutti i caratteri assicurativi della verità del contenuto dell'atto medesimo, la trascrizione che di per sè nulla aggiunge o toglie alla validità dell'atto trascritto, torna essa pure inefficace allo scopo a cui è diretta, perchè mette a cognizione del pubblico un contratto, di cui, nel documento pel quale è manifestato, il pubblico stesso non può trovare la certezza che sia veramente avvenuto, e nei modi che apparirebbe avvenuto dall'atto trascritto. La trascrizione di un atto non autentico (o di una scrittura privata non autenticata da notaio od accertata giudizialmente) vuol dire trascrizione, più che *irregolare*, *illegale*, non produttiva dei suoi effetti giuridici, in quanto che l'atto non poteva essere trascritto, mancandogli quella autenticità che è necessaria per assicurare i terzi della verità di quanto contiene (1). »

La parte che domanda la trascrizione del titolo deve presentarne al conservatore delle ipoteche copia autentica, se si tratta di atti pubblici o di sentenze, e se si tratta di scritture private deve presentarne l'originale stesso, eccetto che

(1) Corte di appello di Modena; sentenza dei 17 aprile 1885; nel *Filangieri*, anno X, parte II, pag. 777.

questo si trovi depositato in un pubblico archivio (1) o negli atti di un notaio: nel qual caso basta la presentazione di una copia autenticata dall'archivista o dal notaio, da cui risulti che la scrittura ha i requisiti indicati dall'art. 1935; cioè a dire, che le sottoscrizioni dei contraenti sono state autenticate da notaio, od accertate giudizialmente (art. 1936).

Il richiedente deve presentare al conservatore delle ipoteche, insieme colla copia del titolo, due note contenenti le seguenti indicazioni: 1.° Il nome e cognome, il nome del padre e il domicilio o la residenza delle parti; 2.° La natura e la data del titolo di cui si domanda la trascrizione; 3.° Il nome dell'uffiziale pubblico che ha ricevuto l'atto od autenticate le firme, o l'indicazione dell'autorità giudiziaria che ha pronunziata la sentenza; 4.° La natura e situazione dei beni a cui si riferisce il titolo, con le indicazioni volute dall'art. 1979 (2). Per la trascrizione della dichiarazione di accettazione dell'eredità col benefizio dell'inventario, basta che le note contengano le indicazioni espresse nella dichiarazione medesima (art. 1937).

L'ommissione o l'inesattezza di alcuna delle indicazioni volute nelle note dianzi menzionate non nuoce alla validità della trascrizione, eccettochè induca assoluta incertezza sul trasferimento del diritto o sull'immobile che ne è l'oggetto (art. 1940). Ritenne in proposito il Supremo Collegio di Torino, non essere valida la trascrizione d'acquisto immobiliare, ove la relativa nota non contenga che un semplice riferimento al titolo depositato e conservato all'uffizio delle ipoteche. La legge, osservò la Corte, annette la massima im-

(1) Il Ministro delle Finanze propose alla Commissione Coordinatrice, che dopo le parole, *in un pubblico archivio,* si aggiungesse *o in un ufficio di registro;* e che dopo le parole *dall'archivista,* si dicesse *o dal ricevitore del registro.* La Commissione stimò inutili queste aggiunte, perchè anche l'uffizio di registro è un *pubblico archivio,* e resta quindi compreso sotto questa generica locuzione. Verb. num. 48 della Comm. Coordinatrice.

(2) « Nell'atto costitutivo dell'ipoteca l'immobile da sottoporvisi deve essere specificatamente designato colla indicazione della sua natura, del comune in cui si trova, del numero del catasto o delle mappe censuarie dove esistono, e di tre almeno dei suoi confini. » (Art. 1979, Cod. civ.).

portanza alla regolarità delle note; perchè, se col semplice compulsare i registri delle trascrizioni, aperti al pubblico, gli interessati non potessero conoscere se e quali mutazioni di proprietà un determinato fondo abbia subìto, non raggiungerebbesi lo scopo di quella pubblicità che colla trascrizione la legge si prefisse. Potrà bensì l'interessato trovar di sua utilità compulsare lo stesso titolo di acquisto, ma la nota dee sempre contenere tutte quelle indicazioni che bastino a ben determinare il fondo, cui il titolo concerne (1).

Dobbiamo arrestarci brevemente intorno all'esame dell'art. 1940, posto in raffronto coll'art. 1937, allo scopo di determinare, in tesi generale, quali sono le ommissioni e le inesattezze delle indicazioni volute nelle note, da cui risulti assoluta incertezza sul trasferimento del diritto o sull'immobile che ne è l'oggetto, di guisa che la trascrizione debba giudicarsi invalida.

1.° *Nome e cognome delle parti.* — Incontrastabilmente questa indicazione deve ritenersi essenziale; nel sistema del Codice, i registri ipotecari sono intestati alla persona, non al fondo. La ommissione o la inesattezza di questa indicazione nuoce alla validità della iscrizione, siccome quella che induce assoluta incertezza sul trasferimento del diritto. È incerta cioè la *persona* a vantaggio della quale il trasferimento si è avverato, o quella che ha trasferito il diritto.

2.° *Nome del padre delle parti.* — Non sembra che questa seconda indicazione possa giudicarsi essenziale. La determinazione della persona è data dal *nome* e dal *cognome.* Ben è vero che alcune volte si ravvisano delle omonimie, sì in rapporto al nome, sì in rapporto al cognome; ma non sempre la designazione della paternità elimina l'incertezza, imperciocchè può avverarsi che pure identico sia il nome del padre. Ecco perchè, di regola, l'inesattezza o l'ommissione del nome del padre non rende invalida la trascrizione; diciamo, *di regola*, imperciocchè non potrebbe disconoscersi che in qualche caso particolare si dovrebbe ritenere il contrario. Decideva il Supremo Collegio di Torino, che l'errore sulla paternità di una delle parti, incorso nella compilazione delle note di trascrizione, non porta nullità, qualora risulti escluso

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 2 luglio 1880; nel *Giornale delle leggi*, anno XII, num. 12.

che esso induca l'assoluta incertezza, di cui si parla nell'articolo 1940 (1).

3.° *Domicilio o residenza delle parti.* — Neanche questa indicazione può ritenersi essenziale; tale cioè da infirmare la trascrizione, nel caso di ommissione o d'inesattezza. In tema di trascrizione difficilmente si può avverare che, dalla ommissione o dalla inesattezza nella indicazione del domicilio o della residenza delle parti, derivi *assoluta incertezza sul trasferimento del diritto*. Il Codice, nel prescrivere tale indicazione, non si propone di determinare, come ben dice il Luzzati, un *terreno legale allo esperimento di diritti* (2). Il Codice, colla indicazione del domicilio o della residenza delle parti, si propone di rendere anche più certe le persone cui il trasferimento si riferisce; ma, generalmente, la certezza delle parti è raggiunta anche senza precisare il loro domicilio o la loro residenza. Adunque, soltanto nel caso infrequentissimo, che dalla ommissione o dalla inesattezza di tale indicazione promani la incertezza *assoluta* enunciata dal Codice, può la trascrizione reputarsi destituita di efficacia.

4.° *Natura e data del titolo.* — Indubbiamente la determinazione della *natura del titolo* di cui si domanda la trascrizione deve stimarsi che sia essenziale alla medesima. E qui riesce opportuno osservare, che si rannoda strettamente a questa determinazione, anzi ne costituisce una parte integrante la indicazione di quelle modalità che esercitano influenza sull'avveramento del diritto. Ad esempio, se il rapporto di diritto fu stipulato sotto condizione sospensiva o risolutiva, deve nella nota che si presenta al conservatore farsi menzione della *conditio*. Se manca questa indicazione, non si può affermare che la *natura del titolo* sia sufficientemente determinata. Per quanto si attiene alla *data* del titolo, non pare che si debba ritenere della essenza della trascrizione. Nel sistema della legge, gli atti soggetti a trascrizione hanno effetto riguardo ai terzi dal giorno in cui tale formalità è stata osservata; quindi la importanza della determinazione del *dies* che risulta dai registri del conservatore; beninteso

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 2 maggio 1893; nella *Giurisprudenza* di Torino, anno 1893, pag. 388.

(2) V. Luzzati, *Della trascrizione*, Vol. II, num. 54; Torino, 1882.

che, nel caso di più trascrizioni che siansi fatte nello stesso giorno, devesi tener conto del numero di ordine. L'erronea indicazione del giorno in cui l'atto ebbe esistenza fra le parti non esercita influenza in rapporto al diritto dei terzi. La vendita fu stipulata il primo gennaio; la trascrizione si è avverata il primo maggio; è soltanto da questo giorno che il trasferimento deve essere rispettato dai terzi.

5.° *Nome dell'uffiziale pubblico che ha ricevuto l'atto od autenticate le firme, o indicazione dell' autorità giudiziaria che ha pronunziata la sentenza.*—Crediamo che la indicazione dell'autorità giudiziaria, la quale ha pronunziata la sentenza, sia essenziale alla trascrizione; e tale è pure l'avviso dei più autorevoli espositori del Codice. Ma, informandoci al criterio direttivo, enunciato nell'art. 1940, diremo che la ommissione o l'inesattezza del nome dell' uffiziale pubblico che ha ricevuto l'atto od autenticate le firme, non può giudicarsi di tal forza da importare la invalidità della trascrizione; e non crediamo necessario soggiungere, *per regola generale*, giusta l'osservazione precedentemente fatta per altre indicazioni richieste dall' art. 1937. Anche quando manca od è inesatta l'indicazione del nome del pubblico uffiziale, da tale mancanza od inesattezza non può derivare quell'assoluta incertezza sul trasferimento del diritto o sull'immobile che ne è l'oggetto, che rende invalida la trascrizione, come è statuito nell'articolo 1940.

6.° *Natura e situazione dei beni a cui si riferisce il titolo.* — Questa indicazione deve ritenersi della essenza della trascrizione. Il Codice in proposito richiama l'art. 1979, dove sono determinate le indicazioni da farsi dell'immobile nell'atto costitutivo dell'ipoteca convenzionale. Nondimeno, come osserva egregiamente il Luzzati, in tema di trascrizione, questo art. 1979 non deve essere rigorosamente applicato. Allorquando un immobile sia con tali caratteri descritto, che riesca impossibile confonderlo con altri, che la sua identità sia in modo indubbio stabilita, deve cadere qualunque argomentazione diretta a far rilevare una infrazione della legge cui non risponda nell'ordine dei fatti quella possibilità di errori che la legge medesima tende colle sue prescrizioni ad evitare. Ad esempio, soggiunge il Luzzati, ci sembrerebbe sufficientemente indicato l' immobile in una trascrizione da operarsi presso l'ufficio delle ipoteche di Torino, quando fosse

indicato col semplice nome di *Palazzo dell' Università degli studi*, essendo unico nel circolo dell'ufficio ipotecario di quella città un palazzo che rechi quel nome, e destinato, sotto quel nome, a servire agli studi (1).

Nell'esame del num. 1.° dell'art. 1932 abbiamo osservato, che sono soggette a trascrizione le cessioni di eredità, quando hanno per oggetto beni immobili o diritti capaci d'ipoteca. Richiamato questo principio, dobbiamo accennare ad una grave controversia ch'è sorta nella giureprudenza. In tema di cessione di ragioni ereditarie, è necessario che nella trascrizione sia indicata la natura dei beni, colle altre specificazioni volute dall'art. 1937, sotto pena d'inefficacia rispetto ai terzi? La Corte di Cassazione di Torino decideva affermativamente. « Il diritto successorio è invero cosa incorporale; ma l'eredità s'immedesima con i beni che la compongono, i quali sono o possono essere mobili ed immobili e d'ogni maniera, azioni e ragioni. Se un'eredità può vendersi senza specificarne gli oggetti, rimanendo il venditore tenuto soltanto a giustificare la propria qualità di erede, questa disposizione dell'art. 1545 del Codice civile spiega senza dubbio la sua efficacia di fronte ai contraenti, ma non cancella nè modifica le successive disposizioni di detto Codice relative alla trascrizione ed alla sua efficacia di fronte ai terzi (2). » Ma a noi sembra evidente che, in rapporto alla soluzione di tale controversia, si deve accogliere l'opposta teoria precedentemente seguìta dal Supremo Collegio di Palermo. Richiamiamo i punti culminanti del ragionamento della Corte. Sovente torna impossibile il conoscere quali sono gli immobili che entrano nel diritto ereditario che si trasmette. Quando di una eredità si vende o si dona la quota parte, che al venditore o al donante si appartiene, devesi procedere alla divisione, nella quale, ove la eredità si componga di mobili e d'immobili, ciascuno dei coeredi può richiedere in natura la sua parte degli uni e degli altri (art. 987); se gl'immobili non possono dividersi, saranno venduti all'incanto. La ineguaglianza delle quote si compensa in rendita o in danaro (art. 995). E tutto

(1) V. Luzzati, *Ibidem*, num. 68 e 69.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 31 dicembre 1888; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1889, parte I, pagina 238.

questo dimostra che non solo può ignorarsi completamente quali immobili compongano la eredità, la cui parte fosse stata trasmessa al compratore o donatario, ma ben pure quanto indeterminata possa risultare questa parte in conseguenza della divisione, e incerto possa essere se e quali immobili entrino in detta quota. Questo ostacolo di materiale impossibilità, o almeno di tale difficoltà, che attenterebbe alla libera circolazione della proprietà, ostacolando la vendita e la legale trasmissione dei diritti ereditari, la legge l'ha riconosciuto e sancito nell'ultimo capoverso dell'art. 1937, prescrivendo che per la trascrizione della dichiarazione di accettazione dell'eredità col benefizio dell'inventario, fosse dispensata la formalità della indicazione degli immobili, bastando la indicazione di ciò che è prescritto nel capoverso dell'art. 955. Il motivo, onde muove la legge in questo dettato, è fondato nella impossibilità, o seria difficoltà in cui è collocato l'erede, prima di far l'inventario, a sapere di quali beni si componga l'eredità, ove posti, ove catastati, quali i confini. Riesce inverosimile, anzi quasi contraddittorio, che mentre a chi deve trascrivere la dichiarazione di voler essere erede beneficiato, si concede di non indicare la natura degli immobili entrati in eredità, s'imponga l'obbligo di questa indicazione a chi acquisti per trasmissione la stessa eredità, a chi trascriva la trasmissione tale quale sia nell'accettazione fatta da colui che gliela trasmette. Tanto vi ha nesso inseparabile fra la trascrizione dell'accettazione dell'eredità, e la trasmissione della eredità stessa con la conseguente trascrizione, quanto fra la causa e gli effetti. La Corte conchiudeva coll'osservare, che il dettato relativo alla trascrizione dell'accettazione della eredità col benefizio dell'inventario rende omaggio al principio: *impossibilium nulla est obligatio* (L. 85, D. *de reg. juris*). E fra le cose impossibili si comprendono le difficili, e le contrarie ai caratteri essenziali di un atto (L. 2, D. *de his qui effuderint;* L. 60, § 2, D. *locati cond.*) (1).

La trascrizione deve essere fatta a ciascun uffizio delle ipoteche del luogo in cui sono situati i beni, salvo ciò che è stabilito dal capoverso dell'art. 955, relativamente alla dichiarazione di accettazione dell'eredità col benefizio dell'in-

(1) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 4 gennaio 1876; nel *Foro italiano*, anno 1876, parte I. pag. 956.

ventario, la quale deve essere trascritta all'uffizio delle ipoteche del luogo in cui si è aperta la successione (art. 1938).

Il conservatore delle ipoteche custodirà negli archivi, in appositi volumi, i titoli che gli vengono consegnati, e trascriverà nel registro particolare delle trascrizioni il contenuto della nota, indicando il giorno della consegna del titolo, il numero d'ordine assegnatogli nel registro progressivo e il numero del volume in cui ha collocato il titolo stesso. Il conservatore restituirà al richiedente una delle note, nelle quali certificherà l'eseguita trascrizione colle indicazioni sopra accennate (art. 1939).

Nel determinare il concetto generale dell'istituto di cui il Codice si occupa in questo titolo, abbiamo riferite le parole del Troplong, il quale dice che la trascrizione consiste nella copia letterale e materiale dell'atto che si vuole rendere pubblico. Avuto riguardo al sistema accolto dal Codice italiano, nell'uffizio del conservatore delle ipoteche, indubbiamente si trova, nella sua interezza, l'atto che la legge richiede sia trascritto. Ma il nostro Codice non stabilisce che, per cura del conservatore delle ipoteche, si proceda alla copia dell'atto. È il richiedente che deve presentare, insieme colla nota, il titolo nella forma determinata dall'art. 1936; il conservatore delle ipoteche custodisce in appositi volumi i titoli a lui consegnati e trascrive il contenuto della nota nel registro particolare delle trascrizioni. Donde promana che, nel sistema del nostro Codice, la trascrizione risulta dall'osservanza di queste due formalità: trascrizione del contenuto della nota nei registri del conservatore, custodia dei titoli in appositi volumi. La inosservanza dell'una o dell'altra formalità deve ritenersi causa d'inefficacia della trascrizione. Ad esempio, collo stesso atto notarile si sono venduti due fondi, il Semproniano e il Tusculano. Nella nota, trascritta dal conservatore, si è indicato solo il trasferimento di proprietà del fondo Semproniano. Ebbene, la trascrizione produce il suo effetto unicamente in rapporto a questo fondo; sebbene il titolo, conservato nei volumi del conservatore, faccia menzione della vendita sì del fondo Semproniano, sì del fondo Tusculano. Se il nostro Codice avesse stabilito che, per cura del conservatore, si fosse compilata una copia del titolo, si ravvisa facilmente che (tenuto conto della moltiplicità degli atti soggetti a trascrizione) sarebbe stato necessario adoperare un

gran numero di persone per fare queste *copie*, e, non ostante l'impiego di molte persone, alcune volte vi sarebbe stato un ritardo pregiudizievole nell'adempimento della trascrizione.

IV.

Effetti della trascrizione.

La trascrizione del titolo, da chiunque si faccia, profitta a tutti coloro che vi hanno interesse (art. 1941). La ragione su cui riposa tale disposizione è chiarissima. Fatta la trascrizione da uno degli interessati, lo scopo voluto dalla legge, nell'ordinarla, è pienamente raggiunto. I terzi non possono desiderare altra guarentigia. Abbiamo supposta la ipotesi che la trascrizione siasi fatta da uno degli *interessati* alla efficacia dell'atto soggetto a tale formalità; ma ora dobbiamo soggiungere, avuto riguardo alla locuzione usata nell'articolo 1941, che *chiunque* può domandare la trascrizione; in altre parole, può domandarsi la trascrizione anche da colui che non ha alcun interesse, nè diretto nè indiretto, alla efficacia dell'atto. E a tal riguardo non è richiesto neanche un mandato da canto della parte interessata. In tema di trascrizione, si deve adottare lo stesso principio enunciato dalla Corte di appello di Firenze, circa la iscrizione di un'ipoteca. Per richiedere l'iscrizione ipotecaria a nome di un terzo: « non vi è bisogno di alcun mandato nè generale, nè speciale, e in pratica è un semplice gestore di negozi quello che ordinariamente presenta al conservatore le note d'iscrizione (1). » La dottrina è concorde su questo punto. Per effettuare la trascrizione, osserva il Borsari, non è d'uopo aver la veste dell'acquirente, nè un mandato di lui. Per fare il bene è sempre aperta la via; vi ha l'interesse dell'amicizia e anche quello nobilissimo dell'umanità; chi fece del bene a persona che non l'ha saputo che dopo, deve esserne indennizzato coll'azione utile *negotiorum gestorum* (art. 1144). Un mio amico ha comprato dei fondi, indi è partito senza praticare la for-

(1) Corte di appello di Firenze; sentenza dei 6 luglio 1877; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1877, parte III, pagina 209.

malità della trascrizione; io che lo veggo esposto a perder tutto, mi affretto a rendergli questo servigio, e nessuno potrà mai darmi carico di un beneficio reso (1). La dottrina dianzi esposta è irrepugnabile. Il Laurent, dopo essersi rivolta la domanda: chi può trascrivere? risponde: « Il est assez oiseux de poser la question; des tiers non intéressés ne se présentent guère pour remplir une formalité qui les soumet au payement d'un droit. » È dunque ordinariamente l'acquirente colui che domanderà la trascrizione. Nondimeno un terzo può farla; il conservatore non può rifiutare la trascrizione sotto pretesto che il richiedente non ha qualità per domandarla (2). In qualunque caso, lo abbiamo già avvertito, il richiedente può dire che egli agisce come *negotiorum gestor*. Ha egli dunque una qualità legale per assicurare i diritti del proprietario; e certo non può mettersi in dubbio che la trascrizione è un atto essenzialmente utile al proprietario (3).

Le sentenze e gli atti enunciati nell'art. 1932, sino a che non siano trascritti, non hanno alcun effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile. Parimente, sinchè non sia seguìta la trascrizione, non può avere effetto a pregiudizio dell'ipoteca concessa all'alienante sopra gli immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione, alcuna trascrizione od iscrizione di diritti acquistati verso il nuovo proprietario. Seguìta la trascrizione, non può avere effetto contro l'acquirente alcuna trascrizione od iscrizione di diritti acquistati verso il precedente proprietario, quantunque l'acquisto risalga a tempo anteriore al titolo trascritto (art. 1942). Quindi, se il proprietario, dopo di aver alienato l'immobile ad uno, lo vende o lo dona ad un altro, sarà preferito quello dei due che avrà trascritto prima il suo titolo; se il proprietario, dopo di aver alienato il fondo, lo sottopone ad ipoteca verso un terzo, l'ipoteca sarà efficace quando sia iscritta prima che venga trascritto il titolo di alienazione; se l'ipoteca fosse stata acquistata prima dell'a-

---

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II, § 4133.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIX, num. 151.

(3) V. Mourlon, *De la transcription,* num. 243; Paris, 1862.

lienazione, ma questa venisse trascritta prima della iscrizione dell'ipoteca, l'acquisitore sarebbe preferito al creditore ipotecario. Ciò vale in ogni altro caso, in cui siansi trasferiti diritti sullo stesso immobile a diverse persone. Abbiamo riferite le parole della *Relazione ministeriale* del Pisanelli.

Adunque, per gli atti sottoposti alla trascrizione, l'efficacia dei medesimi in rapporto ai terzi incomincia sol quando siasi adempita la formalità dalla legge statuita. « Ma questi benedetti terzi che sono sempre in giuoco, e sembrano portare una certa confusione, chi sono veramente? » È questa la domanda che si rivolge il Borsari (1). E noi rispondiamo, che la parola *terzi* non ha un significato uniforme in tutti gli istituti del Codice. In tema di trascrizione, *in subiecta materia,* si debbono qualificare come *terzi* tutti coloro che hanno acquistato sull'immobile, al quale si riferisce l'atto che si sarebbe dovuto trascrivere, diritti soggetti a trascrizione e debitamente trascritti, o ipoteche debitamente iscritte (2).

Nell'esame dommatico del numero 5.° dell'articolo 1932 abbiamo richiamata la teoria riconosciuta dalla più sana giurisprudenza, che, trattandosi di locazione di immobili oltre il novennio che non siasi trascritta, essa deve rispettarsi pel novennio: *utile per inutile non vitiatur.* Ora giova aggiungere che, nei limiti del novennio, deve ritenersi valida ed efficace la locazione non trascritta, anche di fronte alla locazione posteriore trascritta. « Se la formalità della trascrizione rende superiore il contratto di locazione trascritto a quello non trascritto, è però fuori di contrasto che siffatta superiorità non può ammettersi che al di là del novennio. Fino a quel termine l'atto di locazione non ha bisogno di essere trascritto; esso è valido anche di fronte a quello trascritto, e la priorità viene determinata dalla data degli atti di locazione. *Prior in tempore potior in jure* (3). »

Si rannoda intimamente all'esame dommatico dell'articolo 1942 del Codice il richiamo di alcune importantissime quistioni, che, in applicazione del medesimo articolo, sono

---

(1) V. Borsari, *Ibidem,* § 4134.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni,* Vol. VI, num. 154; 2.ª ediz.

(3) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 27 giugno 1895; nella *Legge,* anno XXXV, Vol. II, pag. 188.

surte nel campo della giurisprudenza. Giova ricordarle ordinatamente.

Prima quistione. — Dopo di aver riferito il testo dell'articolo 1942, abbiamo riprodotta l'ipotesi figurata dal Pisanelli, nella *Relazione ministeriale*: se il proprietario, dopo di aver alienato l'immobile ad uno, lo vende ad un altro, sarà preferito quello dei due che avrà trascritto prima il suo titolo; sarà, quindi, preferito il secondo acquirente, se è stato più sollecito nell'osservanza della formalità della trascrizione. Ma il primo acquirente, in tal caso, può impugnare, con l'azione Pauliana, il titolo dell'acquisto posteriore precedentemente trascritto? La Corte di appello di Napoli decideva in senso negativo (1). Ma il Supremo Collegio non riteneva meritevole dei suoi suffragi tale dottrina. Ben è vero, disse la Cassazione, che il primo compratore di un immobile, che non trascrive il suo titolo di acquisto, non può opporre al secondo compratore che trascrive l'acquisto la scienza del primo contratto, ma non può disconoscersi, a favore del primo acquirente, il diritto di sperimentare contro il secondo l'azione di frode. « La frode è tutt'altra cosa della semplice scienza o mala fede. La legge, fissando la virtù della trascrizione pel trasferimento della proprietà, non avea bisogno di fare una riserva pel caso di frode, perchè l'azione Pauliana era già stabilita nella legge, come antico istituto giuridico, e, per derogarla nel caso in disputa, abbisognava invece una dichiarazione apposita, che dicesse il secondo acquisto preferibile, perchè trascritto, anche nel caso di frode. La trascrizione è la formalità che guarentisce il contratto, ma questo debbe esser vero e puro, e non è salvato più dalla trascrizione, quando è viziato per simulazione, dolo o frode, perchè *fraus omnia corrumpit,* perchè la legge ha creati istituti giuridici che intendono a smascherare e colpire la frode, non a garentirla. Formalità è la trascrizione verso i terzi, e l'azione per simulazione, dolo e frode, non attacca la trascrizione, ma il titolo viziato, ed il vizio di che è infetto non può essere sanato dalla trascrizione (2). » A noi non pare che

(1) Corte di appello di Napoli; sentenza dei 6 giugno 1883; nella *Gazzetta del procuratore*, anno XVIII, num. 22.

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 12 maggio 1884; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1884, parte I, pag. 367.

questa teoria si possa accettare, la teoria che distingue tra la semplice *scienza* del primo acquisto, e la *frode* che si attribuisce al secondo acquirente; per trarne la conseguenza, che la semplice *scienza* non nuoce, e che invece la *frode* dà diritto al primo acquirente di promuovere l'azione rivocatoria. Nel sistema del Codice, gli atti enunciati nell'articolo 1932 non hanno efficacia in rapporto ai terzi se non quando siano trascritti. È questo il principio fondamentale in tema di trascrizione, che si trova, in termini espressi, sancito nell'art. 1942. Il ricordo della teoria romana, il discernimento tra la semplice scienza e la frode, tra il *simpliciter scio* ed il *particeps fraudis fui*, perde qualunque forza sotto l'impero del Diritto moderno. Il Codice, nell'articolo 1942, dove si stabiliscono le conseguenze della mancanza di trascrizione, non richiede la *buona fede* dei terzi, che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile; non richiede quella *buona fede,* di cui è parola, ad esempio, negli articoli 707 e 933. I criteri strettamente giuridici respingono adunque ogni distinzione in proposito; il sistema della legge non sarebbe più rispettato, se per avventura fosse lecito, indirettamente, facendo cioè ricorso all'azione Pauliana, di dare efficacia, rispetto ai terzi, ad una vendita immobiliare che non si è trascritta. Nè gioverebbe invocare i dettami dell'equità. Questa non può togliere i diritti che concede la legge; e, nella specie, si tratta di diritti concessi per gravi ragioni di economia sociale, ed anche di morale. S'è detto, e s'è detto benissimo, che tutto il sistema della trascrizione riposa sul principio della morale, che nelle civili transazioni deve dominare la buona fede, la quale non sarebbe più osservata quando fosse lecito, con occulte trasmissioni, offendere i diritti dei terzi. Ora, è inammissibile che, appunto in nome della buona fede, si neghi l'applicazione del sistema della legge.

Seconda quistione. — Tale controversia è stata esaminata più volte dai Collegi Supremi. Il primo acquirente di un immobile non trascrive il suo acquisto, e procede all'alienazione dell'immobile; il successore di questo primo acquirente adempie la formalità della trascrizione. Intanto l'antico proprietario, giovandosi della mancanza di trascrizione da parte del primo acquirente, vende la seconda volta l'immobile, ed il secondo acquirente trascrive: ma tale trascrizione è poste-

riore a quella operata dal successore del primo acquirente. Chi deve essere preferito nel dominio dell'immobile: il successore del primo acquirente, ovvero il secondo acquirente? Si è ritenuto dalla giurisprudenza prevalente, che deve preferirsi il secondo acquirente. Ricordiamo specialmente un pronunziato della Corte di Cassazione di Roma, che proclamava espressamente la teoria: non avendo alcun effetto, riguardo ai terzi, gli atti traslativi di proprietà o diritti immobiliari, finchè non siano trascritti, se il primo acquirente ha mancato all' obbligo della trascrizione, l' autore suo può validamente alienare ad altri lo stesso immobile, e le alienazioni intermedie fatte dal primo acquirente ai suoi successori, sebbene trascritte anteriormente, si hanno come non avvenute, di fronte a chi ha acquistato dall'antico proprietario. « Perfetto o imperfetto che sia, la trascrizione è l'unico modo legittimo di pubblicità degli atti traslativi di proprietà o diritti immobiliari. E la pubblicità consiste nel trascrivere in un registro esistente presso il conservatore delle ipoteche il contenuto della nota che gli presenta chi domanda la trascrizione, cioè il nome e cognome delle parti, la natura e la data del titolo, la natura e situazione dei beni a cui il titolo si riferisce (art. 1937 e 1938). Nel registro non sono designati i beni colle diverse mutazioni di proprietà che abbiano subìto, come nei libri catastali, ed è perciò sotto i nomi soltanto delle parti notati in ordine alfabetico che vi si possono fare indagini, per assicurarsi se chi sta per vendere un fondo lo abbia o no ad altri precedentemente venduto. Così essendo, ognun vede, che la legge, quando dispone che gli atti summenzionati, « sino a che non siano trascritti, non hanno alcun effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull' immobile; » intende di riconoscerli e dichiararli validi tra le parti, e al tempo stesso inesistenti di fronte ai terzi, che, non avendone legale notizia, possono con sicurezza acquistare la proprietà o altri diritti reali sul fondo, e regolarmente conservarli. E se gli atti non trascritti si hanno come inesistenti, ne consegue che laddove il primo acquirente abbia mancato all'obbligo della trascrizione, l'autore suo non rimane di fronte ai terzi spogliato della proprietà dell'immobile alienato; che possono questi validamente stipulare con lui nuove alienazioni dell'immobile medesimo; e che le alienazioni intermedie, co-

munque trascritte, seguono le sorti della prima non trascritta, ossia si considerano come non avvenute (1). » Questa dottrina è stata con molto calore impugnata dal Gabba (2). Egli osserva, in via preliminare, che tutte le obiezioni mosse contro la teoria da lui sostenuta « mettono capo ad una sola ed unica premessa, all'errore fondamentale cioè, che la trascrizione sia condizione indispensabile affinchè le alienazioni degli immobili abbiano effetto rispetto ai terzi. Su questa falsa base è costrutto un edifizio di interpretazioni e commenti dell'articolo 1942 del Codice civile, ripugnanti del pari alla sana logica e alla lettera della legge, e che non sarebbero state inventate nè ammesse da chi non fosse stato dominato da quella infondata prevenzione. » Anche noi non dubitiamo di ascriverci tra i seguaci dell'*errore fondamentale,* anche noi siamo dominati dalla *infondata prevenzione.* Ecco perchè, non volendo qui richiamare tutto ciò che si attiene al sistema generale della trascrizione, non crediamo opportuno di arrestarci nell' esporre e combattere la teoria opposta a quella accolta dal Supremo Collegio di Roma, e confortata dal suffragio della giurisprudenza prevalente. Non vogliamo però tacere che il Mirabelli, in una pregevole monografia, ha luminosamente dimostrata la esattezza giuridica della teoria professata dalla giurisprudenza. Dopo di avere ricordati i principî da cui è retto l'ordinamento della trascrizione, giusta il Codice nostro, egli soggiunge in rapporto alla quistione dianzi esaminata: Se il contratto di alienazione è trascritto, l'acquirente è divenuto *assoluto* proprietario *erga omnes;* ma se non è stato trascritto, l'acquirente è divenuto proprietario *relativo,* tale cioè rispetto all'alienante ed ai suoi eredi; ma coloro che non sono intervenuti nel contratto, che per essi è clandestino, per non essere stato questo pubblicato mediante la trascrizione, han diritto a ritenere come tuttavia proprietario l'alienante, e non l'acquirente da essi ignorato, se a qualunque titolo acquistino diritti sull' immobile, e legalmente li conservino. L' alienante è il proprietario apparente, l' acquirente è il proprietario vero. Entrambi possono aver alienato

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 9 gennaio 1883; nel *Foro italiano,* anno 1883, parte I, pag. 260.

(2) V. Gabba, *Natura ed effetti della trascrizione*, nelle *Quistioni di Diritto civile;* Torino, 1885.

lo stesso immobile, e dovendo una di queste alienazioni esser valida, l'altra nulla, nel conflitto tra esse, vince quella ch'è stata fatta dal proprietario apparente e trascritta, in danno dell'altra fatta dal proprietario vero, rimasto però occulto, sia questa trascritta o non trascritta; perchè la prima alienazione è stata fatta da chi poteva trasmettere quella proprietà, che avea *apparentemente,* a colui rispetto al quale era egli il legale proprietario; mentre il primo acquirente non avendo trascritto il suo titolo di acquisto non avea acquistato che una proprietà *relativa,* lasciandone la rappresentanza pubblica e legittima all'alienante (1). Qui è il caso di riferire le osservazioni generali che fa il Laurent circa il sistema della legge in tema di trascrizione: « Le but du nouveau principe de publicité est de rendre les acquisitions immobilières certaines et stables. Il faut pour cela que ceux qui acquièrent des immeubles se conforment à la loi en transcrivant leur contrat. Si le propriétaire qui ne transcrit pas est évincé, il a mauvaise grâce de se plaindre, il subit les suites de sa négligence; celui qui ne se conforme pas à la loi n'a pas le droit de s'en prendre à la loi (2). » *Jura vigilantibus succurrunt,* è l'insegnamento lasciatoci dai giureconsulti romani.

Terza quistione. — Avuto riguardo al sistema del Codice, l'acquirente di un immobile può efficacemente costituire sul medesimo ipoteca a vantaggio dei suoi creditori, quantunque non abbia ancora trascritto il suo acquisto? La Cassazione di Torino decise affermativamente. Abbiamo già due volte nel corso del nostro lavoro enunciato il principio che, anche prima della osservanza della formalità della trascrizione, si deve riconoscere nell'acquirente la facoltà di concedere una ipoteca sull'immobile acquistato. Ma ora, che è la sede propria della dimostrazione di questo principio, crediamo necessario di riferire il ragionamento del Supremo Collegio di Torino, facendolo seguire da alcune brevi considerazioni: « Non è scritto in alcun testo di legge vigente in Italia, che uno non possa efficacemente sottoporre ad ipoteca un immobile da esso

---

(1) V. Mirabelli, *Dei principii fondamentali dell'istituto della trascrizione secondo il Codice civile italiano, e delle conseguenze che ne derivano;* nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano;* Torino, 1889.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIX, num. 162.

acquistato, se prima non ha fatto seguire la trascrizione del suo acquisto; invece non si richiede altro che il concorso della capacità subiettiva in genere di compiere atti di libera disposizione, e la capacità obiettiva di alienare gli stabili o sottoporli ad ipoteca, e così di esserne proprietario (art. 1974, Cod. civ.). L'ipoteca convenzionale è unicamente e legalmente costituita mediante contratto scritto col solo accordo libero di due volontà, cioè del creditore e del debitore, in ordine a questo particolare negozio. Il dire poi che, fino a trascrizione seguìta, non si abbia un dominio perfetto e tale da facoltizzare la costituzione, in modo legittimo ed efficace verso tutti, di un'ipoteca sopra gli stabili acquistati, è contrario al sistema del nostro Codice, secondo il quale non è in alcun modo necessaria la trascrizione, perchè avvenga il trasferimento della proprietà immobiliare. Lo stesso Codice (art. 1125, 1448) ha sanzionato il principio, che la proprietà si trasmette immediatamente per effetto del solo consenso prestato e manifestato nelle forme designate, e con questo principio non può porsi in contraddizione l'istituto della trascrizione; essendo ben nota la differenza essenziale tra il sistema germanico d'intavolazione, ed il nostro, conforme al belga e francese, della trascrizione (1). » Indubbiamente, la massima fermata dal Supremo Collegio di Torino deve essere accolta dalla dottrina; senza, peraltro, accettare integralmente le proposizioni enunciate nella sentenza dianzi riferita. Non è esatto l'affermare, in termini generali e senza nessuna restrizione, che l'acquirente, prima di trascrivere il suo titolo, può costituire, in modo efficace *verso tutti*, un'ipoteca sopra gli immobili acquistati. Come osservava il Pisanelli, nella *Relazione ministeriale* da noi sopra ricordata, se il proprietario, dopo di avere alienato l'immobile ad uno, lo vende o lo dona ad un altro, sarà preferito quello dei due che avrà trascritto prima il suo titolo. Figuriamo adunque l'ipotesi, che il primo acquirente, il quale ha concesso l'ipoteca, non ha trascritto; il secondo acquirente lo ha trascritto. Di fronte a questo secondo acquirente, sarà valida ed efficace l'ipoteca costituita dal primo? Giusta le parole generalissime della Corte si dovrebbe rispondere affermativamente; ma questa teoria sarebbe respinta dal testo preciso dell'art. 1942.

---

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 19 agosto 1884; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1884, parte I, pag. 405.

Statuisce il Codice, nell'art. 1057, che la donazione non obbliga il donante, e non produce effetto, se non dal giorno in cui viene accettata. L'accettazione può esser fatta nell'atto stesso, o con atto pubblico posteriore, prima però della morte del donante; ma in quest' ultimo caso la donazione non ha effetto, se non dal giorno in cui è notificato al donante l'atto di accettazione. Richiamate queste disposizioni, statuite sotto il titolo *Delle donazioni,* riferiamo il testo dell'art. 1943, il quale governa gli effetti delle donazioni in rapporto ai terzi. Per le donazioni, è detto in questo articolo, la trascrizione non prende data che dal giorno in cui si è pure trascritta l'accettazione, nel caso che questa si contenga in atto separato. È appunto l' accettazione quella che rende perfetta la donazione; quindi, allorchè non è trascritta l'accettazione, nella ipotesi che il Codice prevede, la trascrizione dell' atto, che racchiude la manifestazione della volontà del solo donante, non può esercitare alcuna efficacia in rapporto ai terzi.

In rapporto alle donazioni, per decidere quale tra due trascrizioni debba avere la prevalenza, bisogna stare al numero d'ordine di ciascuna di esse, anche nel caso in cui le due trascrizioni siano state eseguite nel medesimo giorno. Il disposto dell'art. 1943 del Codice civile non può influire sulla risoluzione del conflitto tra due donazioni state trascritte nel medesimo giorno. La parola *giorno,* usata nell'art. 1943, in tema di trascrizione, non ha e non può ricevere fra due trascrizioni altro significato che quello di tempo. « Siccome la donazione non obbliga il donante, e non produce effetto se non dal giorno in cui viene accettata, così il legislatore, nell'art. 1943, in correlazione anche all'art. 1057, e nel caso di donazione non accettata nello stesso atto, e verosimilmente in giorno diverso da quello della donazione, volle prevenire e sciogliere la questione, che tanto fra il donante e il donatario, quanto fra terzi potesse, nel caso di trascrizione anteriore all'accettazione, insorgere sull'effetto di essa in confronto dei diritti acquistati prima dell'accettazione, dichiarando che il grado si dovesse determinare dal giorno della trascrizione dell'accettazione. Ma la definizione data in un caso speciale non varrebbe certo a stabilire un principio generale da applicarsi in ogni e qualunque caso di donazione, e massime nel conflitto di due trascrizioni fatte da due diversi donatari; dovendosi in tal caso determinare fra loro la prelazione ri-

correndo al numero d'ordine di ciascuna trascrizione, indipendentemente dalla data del titolo primitivo, cioè dell'atto di donazione, conforme anche al principio sanzionato nell'ultimo capoverso dell'art. 1942 (1). »

V.

Norme speciali che governano la richiesta della trascrizione e la cancellazione della medesima.

Crediamo opportuno di raggruppare, sotto questo numero, l'esame degli articoli del Codice che chiudono l'ordinamento della teoria della trascrizione.

A) *Ommissione della trascrizione cui era interessato un incapace.* — Coloro che hanno stipulato una convenzione, ottenuta una sentenza o proposta una domanda soggetta a trascrizione nell'interesse di persona incapace da loro rappresentata, o che le hanno prestata assistenza nella convenzione o nel giudizio, devono curare che segua la trascrizione dell'atto o della sentenza. La mancanza della trascrizione può anche essere opposta ai minori, agli interdetti e a qualsiasi altro incapace, salvo ai medesimi il regresso contro i tutori, amministratori e curatori aventi l'obbligo della trascrizione. La mancanza della trascrizione però non può mai essere opposta dalle persone che avevano l'obbligo di farla e dai loro eredi (art. 1944).

La legge cerca di tutelare al massimo grado i diritti delle persone incapaci, ma questa tutela non poteva spingersi sino a sacrificare a loro vantaggio i diritti dei terzi ingannati dalla mancanza di trascrizione. Vogliamo qui riferire le acconce considerazioni di un espositore del nostro Codice. Osserva il Borsari: « I fatti degli incapaci *(salvo il caso, che l'obbligazione promani da quasi-contratti, da delitti o da quasi-delitti)* non sono fonti di obbligazioni e non possono pregiudicarli. Pare che lo stesso debba dirsi pei *non fatti*, ossia per la omissione di utili cautele che sono demandate ai loro rappresentanti, facendone ricadere sopra di essi tutte le conseguenze. Ma vediamo tosto che la regola non corre dal *fare*

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 25 settembre 1878; negli *Annali*, anno 1878, parte I, pag. 588.

al *non fare*, perchè col dichiarar nulla un'obbligazione che fu fatta in onta della legge, si toglie bensì di mezzo un preteso rapporto giuridico fra le persone dei contraenti, una delle quali (cioè la parte capace) non può ignorare di aver violata la legge, ma il non fatto può sommovere, senza confine, la famiglia dei terzi. La restituzione in intiero contro le omissioni sarebbe tante volte una lesione dell'ordine pubblico. I terzi che, consultati i registri ipotecari, non rinvengono la trascrizione, sono nel pieno diritto di credere che precedente alienazione non vi sia, e poter essi acquistare liberamente (1). » I minori, gli interdetti, le persone incapaci in generale debbono in tal caso star contente al ricorso che la legge loro concede contro quelli che avevano l'obbligo di trascrivere, e che non curarono di assolvere questo sacro dovere; lo diciamo *sacro*, perchè trattavasi di garantire i diritti delle persone, i cui interessi erano ai medesimi affidati. Ben è vero, che non poche volte questo ricorso è improduttivo di pratica importanza: *inanis est actio, quam debitoris excludit inopia,* come dicevano opportunamente i Dottori. Ma ciò non toglie efficacia a ciò che dianzi si è osservato per giustificare il sistema della legge.

Statuisce il Codice, che questi tutori, amministratori e curatori aventi l'obbligo della trascrizione, non potranno opporre la mancanza della stessa. E ciò per due validissime ragioni. In primo luogo, essi non possono addurre ignoranza dell'atto o della sentenza di cui non han curato la trascrizione; quella ignoranza che ha mosso l'autore della legge a salvaguardare i diritti dei terzi. In secondo luogo, essi non possono trovare la scaturigine di un'azione nel loro proprio dolo, o in una colpa che deve essere equiparata al dolo: *nemo ex delicto actionem consequi debet.* Il Codice estende l'applicazione di tale disposizione agli eredi dei tutori, amministratori e curatori. Ma, indubbiamente, avuto riguardo al testo dell'art. 1944 ed ai principî generali, la mancanza di trascrizione si può opporre dagli aventi causa a titolo particolare dei tutori, dei curatori e di altri amministratori. Quindi, diremo col Luzzati, che il compratore di un immobile donato dal tutore al minore potrà opporre al minore medesimo la

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II, § 4142.

mancanza di trascrizione, salvo regresso del minore verso il tutore. Così sarà opponibile al minore, salvo pure il regresso verso il tutore, la mancanza di trascrizione da parte di un creditore ipotecario. Ciò, s'intende, a condizione che il compratore dello immobile donato ed il creditore abbiano rispettivamente trascritto od iscritto il loro titolo. E se, acquistato un fondo nell' interesse di un minore, il tutore, trascurando la trascrizione del titolo, si renda poi acquisitore del fondo medesimo, egli non potrà opporre al minore la mancanza di trascrizione, come non lo potranno i suoi eredi. Ma quella eccezione competerà allo avente causa dal tutore, che abbia regolarmente trascritto od iscritto il proprio titolo, e quello del suo autore, salva sempre al minore la ragione d' indennità verso il suo rappresentante (1).

Il Codice, nell'art. 1944, parla di coloro che hanno rappresentata la persona incapace, o le hanno prestata assistenza nella convenzione o nel giudizio. Donde promana la conseguenza che il dovere di procedere alla trascrizione, nell'interesse della persona incapace, non si collega tanto all'ufficio di tutore, di curatore, di amministratore, quanto alla speciale rappresentanza od assistenza in una determinata convenzione o in un determinato giudizio. Spieghiamo questo concetto. Il Codice dispone che, nascendo conflitto d'interessi tra i figli soggetti alla stessa patria podestà o tra essi ed il padre, sarà nominato ai figli un curatore speciale (art. 224). Parimente, si deve nominare un curatore speciale, quando sorge conflitto d' interessi tra minori soggetti alla stessa tutela (art. 246). Ancora: il protutore ha il còmpito di rappresentare il minore nei casi in cui l' interesse di questo sia in opposizione con quello del tutore (art. 266). Ora, in questi casi che prevede il Codice, l'obbligo di provvedere alla trascrizione della convenzione, della sentenza o della domanda soggetta a tale formalità, incombe al curatore speciale o al protutore.

Il Ricci si propone la quistione, se il marito, che ha autorizzato la moglie ad un atto soggetto a trascrizione, sia tenuto a procedervi nell' interesse di lei. E risponde negativamente: « imperciocchè l'autorizzazione non è data per supplire alla incapacità della moglie, bensì in omaggio all' autorità del marito qual capo della famiglia. D'altronde l'obbligo

(1) V. Luzzati, *Della trascrizione,* Vol. II, num. 461.

di eseguire la trascrizione è imposto a coloro che rappresentano od assistono la persona, nel cui interesse l'atto si compie, ed il marito che autorizza la moglie non la rappresenta nè l'assiste, perchè essendo essa pienamente capace compie l'atto per sè stessa senza l'intervento del marito (1). » Crediamo che siano necessarie due osservazioni. In primo luogo, non è esatto l'affermare che, nel sistema del nostro Codice, la donna maritata è *pienamente capace*. Certamente la sua incapacità è *oggettiva* non *soggettiva;* la sua incapacità è stabilita *ob qualitatem status,* e non già *ob imbecillitatem sexus;* ma, pure richiamata questa dottrina incontrastabile, non può l'interprete proclamare la *piena capacità* della donna maritata, contro ciò che espressamente ha statuito il Codice: *erubescimus contra legem loqui.* In secondo luogo, a noi sembra che sia del tutto inutile l'esame della quistione, dell'obbligo del marito a procedere alla trascrizione di un atto cui egli abbia autorizzato la moglie. L'autorizzazione del marito, nel sistema del nostro Codice, è richiesta solo per alcuni atti tassativamente enunciati dal Codice. Ora, in rapporto a questi atti, non è il caso di parlare di trascrizione, cui si debba procedere nell'interesse della moglie. Ha interesse di trascrivere colui che acquista il diritto soggetto a trascrizione, perchè il trasferimento di esso abbia efficacia di fronte ai terzi. Ora il Codice non impone la necessità dell'autorizzazione maritale per gli atti di acquisto da parte della moglie. Se la moglie vuole vendere o donare un immobile, se vuole a carico dell'immobile costituire una servitù, certo per la validità di questi atti è richiesta l'autorizzazione del marito; ma è chiaro che l'interesse di trascrivere questi atti non si può riconoscere nella moglie, si deve riconoscere nel compratore, nel donatario, nel proprietario del fondo a vantaggio del quale si è stabilita la servitù; ed, allora, come si può parlare di autorizzazione maritale?

B) *Cancellazione della trascrizione.* — La cancellazione della trascrizione delle domande enunciate nel numero 3 dell'articolo 1933 (cioè a dire delle domande di rivocazione, di rescissione e di risoluzione indicate negli art. 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553 e 1787 Codice civile), e delle relative annotazioni in margine alla trascrizione dell'atto di alienazio-

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, num. 59.

ne, avrà luogo quando sia debitamente acconsentita dalle parti interessate, ovvero ordinata giudizialmente con sentenza passata in giudicato. Sarà poi giudizialmente ordinata, se l'attore recede dalla domanda, se questa è rigettata o se è perenta l'istanza (art. 1845).

I doveri del conservatore sono diversi, secondochè trattasi di eseguire ovvero di cancellare una trascrizione. Nella prima ipotesi, il conservatore deve prestare ossequio alla disposizione contenuta nell'art. 2069 del Codice : in verun caso, e neppure sotto pretesto di irregolarità nelle note, egli può ricusare o tardare di ricevere la consegna dei titoli presentati e di fare le trascrizioni, sotto pena del risarcimento dei danni arrecati alle parti. Invece, quando si tratta di cancellare la trascrizione, la legge statuisce che il conservatore può procedere a tale cancellazione sol quando vi sia il consenso delle parti interessate ovvero il comando del magistrato. La sentenza, in tal caso, deve essere passata in giudicato; il Codice si serve della stessa formola usata nell' art. 2036, in rapporto alla cancellazione delle iscrizioni ipotecarie. E noi, arrestandoci su quest'ultimo articolo, ne determineremo il vero significato.

Non è ammissibile la cancellazione della trascrizione del precetto immobiliare, allorchè il creditore è stato pagato, o il precetto stesso è divenuto inefficace. A conforto di questo principio richiamiamo un pronunziato della Corte di appello di Venezia: « La legge non riconosce altra cancellazione di trascrizione che quella della domanda di rivocazione della donazione per ingratitudine o sopravvenienza di figli, o degli atti in frode dei creditori, della domanda di rescissione del contratto per lesione enorme, o di risoluzione di vendita o permuta degli immobili per inadempimento degli obblighi; nei quali casi tutti la legge dispose soltanto che i terzi, i quali acquistarono diritti prima della trascrizione delle suddette domande, non possono essere pregiudicati dalla stessa, e quindi consegue per coloro soltanto, i quali ne avessero acquistato o ne volessero acquistare dopo la trascrizione, la necessità della cancellazione a senso degli art. 1933 num. 3 e 1945 Codice civile. Non avendo la legge dato alcuna disposizione per la cancellazione della trascrizione del precetto immobiliare, che pur venne ordinata dall'art. 1945 per i casi dell'art. 1933 num. 3, devesi ritenere la cancel-

lazione di tale trascrizione, e così di quelle tutte che sono contemplate dall'art. 1932 Codice civile, per non ammessa dalla legge; tanto più che per siffatte trascrizioni mancherebbe il motivo di necessità, che esiste invece nei casi dell'art. 1933 num. 3, siccome fu di sopra dimostrato. Ed invero, rispetto alla trascrizione del precetto, è già disposto dall'art. 566 procedura civile, che ogni precetto immobiliare diventa senz'altro inefficace dopo i 180 giorni, se non siasi proceduto ad atti di esecuzione; e che similmente, per l'articolo 2085 Codice civile, cessano, se l'istanza di espropriazione venne abbandonata per un anno, tutte le conseguenze della trascrizione del precetto, cioè la immobilizzazione dei frutti, il divieto di alienazione pel debitore ed il sequestro giudiziale (1). »

C) *Pagamento della tassa di registro cui è soggetto il titolo da trascriversi.* — La trascrizione può essere domandata, quantunque non siasi ancora pagata la tassa di registro a cui è soggetto il titolo, ove si tratti di atto pubblico ricevuto nel regno o di sentenza pronunziata da un'autorità giudiziaria del regno. In tal caso però il richiedente deve presentare una terza copia della nota al conservatore, la quale sarà da lui vidimata e trasmessa immediatamente all'uffiziale incaricato della riscossione della tassa suddetta (art. 1946). In forza di questo articolo (che si deve ad una proposta presentata dal Vaccarone, in nome del Ministro delle Finanze, alla Commissione Coordinatrice) si stabilisce una distinzione tra gli atti pubblici ricevuti nel regno, le sentenze pronunziate dalle autorità giudiziarie del regno, e le scritture private fatte in qualunque luogo, gli atti pubblici ricevuti e le sentenze pronunziate in paese estero. Quanto agli atti pubblici ricevuti e le sentenze proferite nel regno, la trascrizione può farsi, ancorchè l'atto o la sentenza non sia stata ancora sottoposta al pagamento della tassa di registro, poichè la Finanza ha nell'uffiziale pubblico che ha ricevuto l'atto, o nel cancelliere dell'autorità giudiziaria che ha proferita la sentenza, in determinati casi, e generalmente nei procuratori che rappresentarono le parti nel giudizio in cui fu proferita, altrettante garantie per il pagamento della tassa di registro.

---

(1) Corte di appello di Venezia; sentenza dei 23 agosto 1888; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1889, parte II, pag. 42.

Ma quando si parla di scrittura privata, ovvero di atto pubblico ricevuto o di sentenza pronunziata in paese estero, tutte le accennate garantie vengono meno; trattandosi di scrittura privata, riesce sovente difficile di trovare le parti per costringerle al pagamento della tassa di registro; trattandosi di atto pubblico o di sentenza estera, si aggiunge che le parti medesime sono per lo più straniere. In ambidue i casi si richiederebbe un giudizio per la condanna al pagamento della tassa ed un procedimento di esecuzione per ottenerlo, i quali ritarderebbero la percezione della tassa medesima con danno e spese dell'erario. *Quid* nel caso in cui il conservatore abbia proceduto alla trascrizione di una scrittura privata, di un atto pubblico o di una sentenza pronunziata in paese estero, quantunque non siasi ancora pagata la tassa di registro a cui è soggetto il titolo? Per la risposta a tale domanda giova tener presente la dichiarazione fatta nel seno della Commissione Coordinatrice: « Essendo il pagamento della tassa di registro una formalità puramente fiscale, sembra che la mancanza della medesima non debba produrre la nullità della trascrizione, nullità d'indole affatto civile, ma soltanto una contabilità penale a carico del conservatore che contravvenne alla legge d'imposta (1). »

D) *Spese della trascrizione.* — Le spese della trascrizione, se non vi è patto contrario, sono a carico dell'acquirente; debbono però anticiparsi da chi domanda la trascrizione. Se più sono gli acquirenti o interessati alla trascrizione, ciascuno di essi deve rimborsare quello che l'ha fatta della parte di spesa corrispondente alla quota per cui è interessato (articolo 1947). Giusta l'art. 1455, le spese degli atti e le altre accessorie alla vendita sono a carico del compratore, salve le particolari convenzioni. Ciò che statuisce il Codice, in rapporto alle spese della trascrizione, è niente altro che un'applicazione del principio generale fermato nell'art. 1455. È appunto l'acquirente che ha il principale interesse all'osservanza della formalità della trascrizione, perchè il suo diritto produca effetto rispetto ai terzi: quindi a suo carico, salve le particolari convenzioni, la legge dovea mettere le spese della trascrizione. Questa regola, fermata dal Codice, circa l'onere del pagamento delle spese di trascrizione, non im-

(1) Verb. num. 42 della Commissione Coordinatrice.

porta la conseguenza che il richiedente si possa esimere dal pagamento delle spese, allegando che egli non è l'acquirente del diritto soggetto a trascrizione. Lo stesso Codice opportunamente soggiunge, che le spese si debbono sempre anticipare da colui che domanda la trascrizione; è l'interesse dell'erario che l'autore della legge si è proposto di tutelare. Quegli che ha anticipato le spese ha diritto di ripeterle dall'acquirente. Se non era interessato alla trascrizione ha diritto di domandare il rimborso integrale delle medesime. Se poi anche il richiedente era interessato alla trascrizione, ha diritto di domandare agli altri interessati il rimborso di una parte di spese corrispondente alla quota del rispettivo interesse. L'ordinamento del Codice non richiede altre spiegazioni da parte dell' interprete.

168. Dei privilegi e delle ipoteche in generale.

Bibliografia. — 1.° Her, *De pignoribus et hypothecis* (Coloniae, 1595);— 2.° Setseri, *De pignoribus ac hypothecis quaestiones difficiles* (Jenae, 1597); — 3.° Rahn, *De pignoribus et hypothecis* (Rostochii, 1643); — 4.° Hommel, *De pignoribus et hypothecis* (Viteb. 1780);— 5.° Favard de Langlade, *Traité des privilèges et hypothèques* (Paris, 1812); — 6.° Persil, *Questions sur les privilèges et les hypothèques* (Paris, 1820);—7.° Grenier, *Traité des hypothèques* (Clermont-Ferrand, 1822); — 8.° Battur, *Traité des privilèges et des hypothèques* (Paris, 1823); — 9.° Pannier, *Traité des hypothèques, offrant la conférence des auteurs tant anciens que modernes qui se sont occupés de cette matière* (Caen, 1824);—10.° Valette, *Traité des privilèges et des hypothèques* (Paris, 1846); — 11.° Deudon, *Des privilèges et hypothèques* (Paris, 1851); — 12.° Troplong, *Des privilèges et hypothèques* (Paris, 1854, 5.ª ediz.); — 13.° Giovannardi, *Il sistema ipotecario ridotto a principii generali* (Imola, 1855);— 14.° Chiesi, *Il sistema ipotecario* (Torino, 1863) ;— 15.° Carabelli, *Il diritto ipotecario* (Milano, 1865); — 16.° Luchini, *Dell'esecuzione contro lo Stato, i Comuni, le Provincie e le Opere pie delle sentenze e degli atti aventi carattere esecutivo* (negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1874, parte III, pag. 77 e seg.); — 17.° Pont, *Privilèges et hypothèques* (Paris, 1876); — 18.° Gabba, *Della espropriazione forzata dello Stato, delle Provincie, dei Comuni* (nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1876, parte IV, pag. 45

e seg.); — 19.° Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche* (Firenze, 1879);—20.° Cannada-Bartoli, *Il sistema ipotecario italiano* (Napoli, 1879); — 21.° Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche secondo il Codice civile italiano* (Torino, 1880);—22.° Nicolosi, *I Comuni e gli atti esecutivi dei loro creditori* (nella *Gazzetta dei tribunali*, anno XXX, num. 3044; 19 giugno 1880); — 23.° Auletta, *Intorno alla inalienabilità ed insequestrabilità dei frutti dotali* (nel *Foro italiano*, anno 1883, parte 1, pag. 341 e seg.);—24.° Luzzati, *Dei privilegi e delle ipoteche* (Torino, 1884);—25.° Napolitani, *Dell'insequestrabilità dei frutti della dote durante il matrimonio* (V. *Dritto e giurisprudenza*, anno I, pag. 73 e seg.);—26.° Righetti, *Della esecuzione forzata contro lo Stato, la Provincia ed il Comune* (Cagliari, 1889); — 27.° Gabba, *Ancora della non espropriabilità dei beni patrimoniali dei Comuni, delle Provincie, dello Stato* (nel *Foro italiano*, anno 1890, parte I, pag. 415 e seg.); — 28.° Guerra, *Studi sulla esecuzione forzata contro i Comuni* (Palermo, 1891); — 29.° Bianchi (E.), *Esecuzione forzata contro lo Stato, la Provincia e il Comune* (nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, anno 1891, pag. 3 e seg.); — 30.° Meurer, *Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen* (Düsseld. 1891); — 31.° Olmo, *La incommerciabilità delle chiese* (nella *Rivista di Diritto ecclesiastico*, anno 1891, pag. 143 e seg.);—32.° Gorrini, *Della sequestrabilità o insequestrabilità degli stipendi e delle pensioni* (nella *Legge*, anno 1892, Vol. II, pag. 209 e seg.); — 33.° Castrogiovanni, *Della insequestrabilità dei redditi dei Comuni provenienti da imposte* (Palermo, 1892); — 34.° Dattino, *La commerciabilità delle chiese* (V. *Dritto e giurisprudenza*, anno VIII, num. 8; 27 luglio 1892); — 35.° Palmulli, *Incommerciabilità delle chiese e delle cose destinate al culto divino* (V. *Dritto e giurisprudenza*, anno VIII, num. 33; 12 febbraio 1893); — 36.° Feltin, *Des droits des créanciers hypothécaires et privilégiés sur l' indemnité d' assurance contre l'incendie* (Nancy, 1893); — 37.° Moscoso del Prado y Rozas, *Nuevo tratado de legislation hypotecaria* (Saragozza, 1893); — 38.° Melucci, *Il sistema ipotecario nel Diritto civile italiano* (Torino, 1893);—39.° Fazzari, *Sulla pegnorabilità dei frutti dotali da parte dei creditori del marito* (V. *Dritto e giurisprudenza*, anno IX, num. 20; 26 novembre 1893); — 40.° Pietropaolo, *Se possono formare materia di esecuzione forzata i beni dello Stato, delle Provincie, dei Comuni e delle Opere pie* (nel *Filangieri*, luglio ed agosto 1893);—41.° Chironi, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno* (Torino, 1894); — 42.° Lordi, *Ancora*

della sequestrabilità dei frutti dotali da parte dei creditori del marito (nell'*Archivio giuridico*, Vol. LII, anno 1894).

Nell' ordinamento del Codice, sotto il titolo che ha per rubrica, *Dei privilegi e delle ipoteche*, si trova un capitolo speciale destinato allo stabilimento delle regole che debbono governare i *privilegi*, e si trova un capitolo speciale dove sono statuite le norme in tema di *ipoteche*. Nel primo capitolo il Codice, dopo di aver determinata la nozione del privilegio, ed i principî fondamentali circa questa causa di prelazione, si occupa distintamente dei privilegi sopra i mobili (privilegi generali sui mobili e privilegi sopra determinati mobili) e dell'ordine dei medesimi, e poi dei privilegi sopra gli immobili. Nel secondo capitolo il Codice, dopo di avere stabilito il concetto dell' ipoteca, nonchè i principî generali che alla stessa si attengono, con logica distribuzione dell'istituto, tien parola delle varie specie d' ipoteche, e poi della pubblicità, dell'ordine, degli effetti, della riduzione e della estinzione delle medesime; chiudendo la teoria colle norme che si riferiscono alla cancellazione delle iscrizioni ed al modo di liberare gli immobili dalle ipoteche. I due capitoli dianzi enunciati sono preceduti da alcuni articoli che dobbiamo esaminare colla maggiore accuratezza che ci è possibile, avuto riguardo alla importanza dei principî che nei medesimi si trovano contenuti. Tutta la forza dell'obbligazione sta in ciò, che il debitore anche coattivamente può essere costretto alla osservanza della medesima: *debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest,* come dice il frammento del giureconsulto romano che noi, sulle orme del Savigny, abbiamo riferito nell'imprendere lo svolgimento della teoria generale delle obbligazioni. Ora gli articoli del Codice, al cui esame dommatico dobbiamo procedere, hanno appunto lo scopo di stabilire i criteri fondamentali circa la esecuzione delle obbligazioni *invito debitore*. Essi costituiscono, per quanto si attiene specialmente alle obbligazioni che derivano dai contratti, la sanzione del principio fermato nell' articolo 1123: i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti.

I.

Esame dell'articolo 1948.

Chiunque sia obbligato personalmente, è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri. È questa la regola fermata nell'art. 1948; perchè essa sia svolta convenientemente, sono necessarie parecchie osservazioni.

A) In primo luogo dobbiamo notare una differenza di locuzione tra l'art. 1948 del nostro Codice ed il corrispondente art. 2092 del Codice francese. Quest'ultimo s'inizia colle parole: « Quiconque *s'est* obligé personnellement. » Nell'articolo 1948 del nostro Codice è detto invece: « Chiunque *sia* obbligato personalmente. » Indubbiamente, la locuzione del Codice italiano è molto più esatta di quella adoperata dal Codice francese. Nel sistema del Diritto moderno, le fonti delle obbligazioni sono cinque: legge, contratto, quasi-contratto, delitto, quasi-delitto. Ora, quando si dice: « chiunque *si è* obbligato, » si accenna ad una sola causa delle obbligazioni, al contratto. Dicendosi, invece, giusta la locuzione del nostro Codice: « chiunque *sia* obbligato personalmente, » si accenna a tutte le cause delle obbligazioni. Semprechè l'obbligazione promana dalla legge, dal quasi-contratto, dal delitto o dal quasi-delitto, il debitore *è* obbligato, ma non si può affermare, con proprietà di linguaggio ed in tesi generale, che egli *si è* obbligato. Il Baudry-Lacantinerie osserva che tutti gli scrittori hanno riconosciuta la inesattezza della terminologia usata dal Codice francese: *tout le monde le reconnait.* Quando si ha riguardo ai termini ristretti dell'articolo 2092, il pensiero si rivolge soltanto a quelle obbligazioni che risultano dalla volontà o dal fatto del debitore. Il Baudry-Lacantinerie propone, alla formola della legge, la sostituzione di quest'altra formola: « Quiconque *est* obligé personnellement (1). » Ed è questa appunto la locuzione adoperata nell'articolo 1948 del nostro Codice.

B) Il principio fondamentale, enunciato nell'art. 1948,

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 1060; Paris, 1892.

si applica a colui che sia obbligato personalmente. Quale intelligenza si deve dare all'avverbio adoperato dal Codice? Si debbono distinguere le obbligazioni *reali* dalle obbligazioni *personali*. Tale distinzione ha un duplice significato.

In un primo significato (e lo abbiamo altrove avvertito), si chiama obbligazione *reale* quella la cui prestazione consiste nella tradizione di una cosa, della quale il creditore può reclamare l'immissione in possesso. Chiamasi obbligazione *personale* quella la cui prestazione consiste nell'adempimento di un fatto che non sia la tradizione di una cosa, ovvero nell'omissione di un determinato fatto. Nella terminologia del Codice, l'obbligazione reale, *hoc sensu*, è chiamata obbligazione *di dare*; l'obbligazione personale è chiamata obbligazione di *fare* o di *non fare* (art. 1219 a 1222).

In un secondo significato (ed è appunto quello che deve essere seguìto in rapporto all'art. 1948), è detta obbligazione *reale* quella che, in tanto incombe ad una persona, in quanto questa persona ha il dominio di una cosa; spogliandosi di questo dominio, cessa, a suo carico, qualunque obbligazione (V. art. 549, 643, 676, 2016). È detta poi obbligazione *personale* quella che incombe a taluno indipendentemente dal dominio di una cosa; ad esempio, sono obbligazioni *personali* quelle del conduttore, del fideiussore, del mutuatario. Ora, come abbiamo dianzi avvertito, la massima fermata nell'articolo 1948 si applica a colui che è obbligato *personalmente;* colui che è obbligato solo *propter rem* è liberato da qualunque obbligazione coll'abbandono della cosa.

C) La guarentigia reale delle contratte obbligazioni si ha tanto nei *beni mobili* che nei *beni immobili* del debitore. È noto che, nel sistema del Diritto moderno, la suprema distinzione delle cose capaci di appropriazione è quella che le distribuisce in *beni mobili* e *beni immobili.* Anche le cose incorporali sono contenute in questa distinzione, sebbene rigorosamente non si possano qualificare nè come mobili, nè come immobili. Queste cose incorporali, giusta la formola dei Dottori, *ab ipsa lege personantur ac substantiantur;* alcune costituiscono i *beni immobili per l'oggetto a cui si riferiscono* (art. 415); altre formano i *beni mobili per determinazione della legge* (art. 418). Tenuto conto della particella congiuntiva usata dal Codice nell'art. 1948, vuolsi pure osservare che, nel sistema del Diritto italiano, i beni mobili

ed immobili rispondono insieme delle contratte obbligazioni; non è imposto al creditore il dovere di escutere il patrimonio mobiliare del debitore prima di procedere alla esecuzione coattiva sui beni che costituiscono il patrimonio immobiliare del medesimo. In altre parole, è permesso al creditore di valersi cumulativamente dei diversi mezzi di esecuzione autorizzati dalla legge. Nondimeno, come provvidamente è statuito nel capoverso dell'art. 567 del Codice di procedura civile, se la cumulazione risulti eccessiva, l' autorità giudiziaria può restringere il procedimento al mezzo di esecuzione che sia scelto dal creditore, o, in difetto, determinato da essa, e può anche condannare il creditore al risarcimento dei danni. Dichiarò a tal riguardo il Ministro Guardasigilli nella Relazione al Re: « Alcune legislazioni hanno respinto il sistema della cumulazione come troppo severo e troppo dannoso al debitore, il quale, per un debito anche piccolo, trovasi esposto a vedere assalita e compromessa tutta quanta la sua fortuna, e, talvolta, persino la libertà personale, con manifesta diminuzione o perdita di quei mezzi stessi che altrimenti avrebbero potuto bastargli all'adempimento della sua obbligazione. Nondimeno, la regola adottata dal Codice sembra giusta e più conforme a quell'efficacia assoluta che l'esecuzione legittima deve improntare contro il debitore inadempiente agli obblighi suoi. Conviene che il creditore trovi modo da vincere la mala fede; che, stringendo il debitore da ogni parte, riesca a conseguire il pagamento; che sia impedito lo spettacolo di debitori i quali, mentre l'esecuzione si esercita su certi beni, disperdono o sottraggono gli altri impunemente. L'esperienza ha dimostrato la necessità di questo rigore. Però, nel provvedere agli interessi del creditore, conviene che la legge non neghi protezione e assistenza al debitore. L' esecuzione cumulativa può essere l'effetto di animadversione ed astio del creditore, ed anche di abusi degli uffiziali incaricati del procedimento. A questi casi provvede la legge statuendo che, se la cumulazione risulti eccessiva, l'autorità giudiziaria può restringere il procedimento al mezzo di esecuzione che sia scelto dal creditore, o, in difetto, determinato da essa. Inoltre, l'autorità stessa può anche condannare il creditore al risarcimento dei danni. »

D) Non solo i beni presenti, ma anche i beni futuri costituiscono la guarentigia delle contratte obbligazioni. L'ar-

ticolo 949 del Codice ci presenta un' applicazione di questa regola. Ivi è statuito, che i creditori di colui che rinunzia ad una eredità in pregiudizio dei loro diritti, possono farsi autorizzare giudizialmente ad accettarla in nome e luogo del loro debitore. In questo caso la rinunzia è annullata non in favore dell'erede che ha rinunziato, ma solamente a vantaggio dei suoi creditori e per la concorrenza dei loro crediti. In sede opportuna, vale a dire svolgendo la teoria della *rinunzia alla eredità*, abbiamo determinata la vera intelligenza di questo articolo del Codice. Staremo qui contenti a richiamare l'osservazione che crediamo di maggiore importanza: per annullare la rinunzia a vantaggio dei creditori, nel caso preveduto dalla legge nell' articolo 949, si richiede soltanto, da parte dei creditori, la dimostrazione del pregiudizio dei loro diritti che ad essi deriva dalla rinunzia. Non si richiede la prova del *consilium fraudis*, che è una delle condizioni per l'ammissibilità dell' azione Pauliana. I precedenti legislativi dell'articolo del Codice francese, corrispondente all'articolo 949 del Codice italiano, attestano con chiarezza meridiana, che il legislatore del Diritto moderno, nel caso di rivocazione della rinunzia alla eredità, su domanda dei creditori del rinunziante, non ha voluto derogare al principio del Diritto intermedio: *non requiritur consilium fraudandi, sufficit eventus damni;* si deve provare il pregiudizio, non la intenzione fraudolenta, come dianzi abbiamo avvertito.

E) Il Codice stabilisce il principio generale, nell'art. 1948, che chiunque sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con *tutti* i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri. Ma vuolsi notare che, avuto riguardo al sistema dello stesso Codice nonchè ai principî fondamentali di diritto, e tenuto conto degli ordinamenti di alcune leggi speciali, vi sono dei beni incapaci di persecuzione da parte dei creditori. Dobbiamo richiamare queste eccezioni alla regola generale, senza pretendere di farne una completa enumerazione.

1) I diritti di uso e di abitazione. — L'uso e l'abitazione sono servitù strettamente personali. Il Codice statuisce, nell'art. 528, che i diritti di uso e di abitazione non si possono cedere nè affittare. Ammettendo la cessione o l'affitto di questi diritti, potrebbero ledersi le ragioni del nudo proprietario, *dum non una et conformis omnium indigentia est,* come os-

serva il Voet. Ora per la stessa considerazione non è consentito ai creditori di procedere ad esecuzione coattiva sopra i beni che costituiscono l'oggetto sia del diritto di uso, sia del diritto di abitazione stabilito a favore del loro debitore.

2) Le servitù prediali indipendentemente dai fondi a vantaggio dei quali sono stabilite. — La servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario (art. 531). Il creditore, procedendo alla espropriazione forzata dell'immobile che appartiene al suo debitore, espropria parimente la servitù stabilita per l'uso e l'utilità dell'immobile; servitù di passaggio, servitù di acquedotto, servitù di prospetto, qualunque servitù sia legale, sia convenzionale. Ma non sarebbe possibile procedere alla espropriazione forzata della servitù, indipendentemente dall'immobile; non sarebbe possibile espropriare una servitù di passaggio, di acquedotto, di prospetto senza procedere all'esecuzione coattiva sul fondo che gode di queste servitù.

3) I beni indicati nell'art. 585 del Codice di procedura civile. — Statuisce quest'articolo che non possono essere pignorati: 1.° Il letto del debitore, del suo coniuge e quello dei suoi congiunti e affini che seco lui convivano; 2.° Gli abiti che servono all'uso quotidiano; 3.° Gli utensili necessari per preparare il cibo; 4.° Le armi, le divise e i bagagli militari degli individui ascritti al servizio militare di terra e di mare, o aggregati alla milizia nazionale; 5.° I mobili materialmente annessi a un immobile, e dalla legge riputati immobili; 6.° Le lettere, i registri, e gli altri scritti di famiglia.—Giusta l'articolo 586 dello stesso Codice di procedura civile, non possono essere pignorati che in difetto di altri mobili, e soltanto per causa di alimenti, pigioni, fitti o di altri crediti privilegiati: 1.° Gli oggetti non annessi materialmente a un immobile, ma riputati immobili per destinazione del padre di famiglia; 2.° I libri, gli strumenti, le macchine e gli altri oggetti necessari per l'esercizio della professione o dell'arte del debitore, e a di lui scelta, sino alla somma di lire 500 in complesso; 3.° Le farine e derrate necessarie per il vitto del debitore e della sua famiglia per un mese; 4.° Una vacca, o due capre, o tre pecore, a scelta del debitore, e il foraggio necessario al loro alimento per un mese. Decideva il Supremo Collegio di Roma, che sotto la generica

locuzione, « altri oggetti necessari per l'esercizio dell'arte del debitore, » usata nel numero 2.° dell'art. 586, rientrano pure le materie destinate ad essere dall'artefice, artista od artigiano, manipolate o trasformate mediante la sua attività personale e l'esercizio dell'arte sua. Quindi, trattandosi di debitore che eserciti l'arte di fornaio o panettiere, vanno esenti da pignoramento, nei limiti di valore designati dalla legge, anche le farine necessarie all'esercizio di quell'arte. « La legge ha voluto garantire all'operaio la conservazione dei mezzi indispensabili per il suo lavoro, per scopo d'impedire, che tutti coloro, artisti o professionisti, i quali traggono la loro sussistenza dal proprio lavoro, non siano d'un tratto gettati da inesorabile creditore nell'impossibilità di valersi dell'opera propria (1). »

4) I frutti della dote. — Più volte nel campo della giurisprudenza è stata sollevata la quistione, se i creditori del marito possano esercitare le loro ragioni sopra i frutti della dote, di cui il marito ha il godimento. Si è ritenuto in parecchie decisioni che il diritto dei creditori si può sperimentare in rapporto a quella parte dei frutti dotali, che non è necessaria al sostentamento della famiglia. Ma noi crediamo preferibile la teoria che nega assolutamente ai creditori del marito il diritto di procedere sui frutti dei beni dotali. I bisogni familiari sono variabilissimi; non si può ammettere che sia consentito ai creditori del marito di penetrare, per un interesse pecuniario che potevano garantire a tempo opportuno, nei segreti delle famiglie. Osservò benissimo il Supremo Collegio di Roma, che la dote nel Diritto moderno si manifesta « quale una proprietà della moglie colpita d'inalienabilità e vincolata per servire ai bisogni morali e materiali della famiglia. Escluso nel marito il carattere di dominio e di padrone dei frutti dotali, risulta evidente la conseguenza che ai suoi particolari creditori non possa mai riconoscersi il diritto di operare in loro favore un parziale sequestro di quelli interessi, se pure maturati in epoca anteriore e non ancora soddisfatti, stantechè il principio di legge, secondo il quale i beni di un debitore sono la garantia comune dei suoi

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 7 agosto 1891; nel *Foro italiano*, anno 1891, parte I, pag. 1225.

creditori non debba estendersi ai frutti dotali, che non rappresentano una proprietà od un dominio del marito (1). » La teoria da noi respinta si trova accolta in una sentenza del Supremo Collegio di Napoli, che decise non essere censurabile il convincimento della Corte di merito intorno alla sequestrabilità dei frutti dotali pegnorati in sèguito a delegazione, che essa ritenne fatta senza danno, e proporzionatamente ai bisogni della famiglia (2).

5) I frutti del patrimonio del minore di cui il genitore che esercita la patria podestà ha l'usufrutto legale.—Anche a tal riguardo non ci sembra possibile alcuna distinzione. Svolgendo la teoria della patria podestà, abbiamo richiamata una sentenza del Supremo Collegio di Palermo, che luminosamente dimostrava la esattezza della dottrina da noi accolta. Il Bianchi, nello svolgere la teoria della patria podestà, osserva: « È da considerarsi come inesistente giuridicamente la cessione che il genitore facesse del proprio diritto universale d'usufrutto su tutti i beni presenti e futuri del figlio soggetto alla sua podestà; ma non è vietata la cessione particolare dell'usufrutto sovra determinati beni o mobili o immobili del figlio medesimo. » E poscia, risolvendo la quistione, se i creditori del genitore, per conseguire quanto è loro dovuto, abbiano facoltà di agire esecutivamente anche nell'usufrutto che al loro debitore appartenga sopra i beni del figlio soggetto alla sua podestà, dice: « Seguendo lo stesso ordine di idee, che abbiamo manifestato in riguardo all'alienazione volontaria, riterremmo anche qui che i creditori del genitore potessero bensì procedere esecutivamente non tanto sovra i frutti, quanto sul diritto medesimo di usufrutto legale spettante al loro debitore *in determinati beni* del figlio, ma non potessero mai far espropriare il *diritto universale di usufrutto,* tanto pei beni che attualmente vi fossero soggetti quanto per quelli che in avvenire potessero esservi sottoposti; poichè così sarebbe direttamente colpito dalla procedura di esecuzione l'attributo stesso della patria podestà per tra-

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 5 gennaio 1895, a sezioni unite; nella *Legge,* anno XXXV, Vol. I, pag. 254.

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 19 novembre 1894; nella *Gazzetta del procuratore,* anno XXVI, num. 43 (16 marzo 1895).

smetterlo all'aggiudicatario, ciò che non è ammissibile (1). »
Noi non possiamo accettare questa dottrina. Nella sentenza del Supremo Collegio di Palermo, superiormente richiamata, è dimostrata con evidenza meridiana la speciale destinazione dei beni cui si riferisce l'usufrutto legale del genitore che esercita la patria podestà. Questa destinazione verrebbe meno parzialmente, se per avventura si ammettesse il diritto dei creditori, nel caso dianzi preveduto. Non bisogna dimenticare che, nel sistema del diritto moderno, l'istituto dell'usufrutto legale è qualche cosa di dissonante dal concetto della patria podestà, che è stabilita nell'interesse del discendente, non a vantaggio del padre o della madre. Ora non ci sembra interpretazione meritevole di essere seguìta quella che, in un modo qualsiasi, tende a disconoscere questo concetto.

6) La rendita vitalizia costituita a titolo gratuito, sotto la condizione della sua insequestrabilità. — Statuisce il Codice, che la rendita vitalizia può essere costituita così a titolo oneroso, mediante una somma di danaro od altra cosa mobile, o mediante un immobile; come a titolo semplicemente gratuito, per donazione o per testamento (art. 1789 e 1790). Nel solo caso in cui la rendita vitalizia sia costituita a titolo gratuito, si può disporre che la medesima non sia soggetta a sequestro (art. 1800). Assegneremo la ragione del sistema accolto dalla legge colle parole del Maleville: colui che esercita una liberalità, può farla con quelle condizioni che giudica opportune; ma colui che si crea una rendita con i suoi capitali non può nuocere ai propri creditori. La legge coll'articolo 1800 permette la disposizione in forza della quale la rendita vitalizia, costituita a titolo gratuito, non sia soggetta a sequestro. Con ciò, decideva la Cassazione di Torino, tale rendita è dichiarata capace del vincolo d'inalienabilità, ed erra il giudice di merito che ritenga contraria alla legge la condizione d'inalienabilità apposta dal testatore al legato di pensione vitalizia. Nella specie, una zia si propose di lasciare alla nipote gli alimenti, sotto forma di una pensione. Per essere sicura che gli alimenti, sotto tal forma lasciati, non venissero poi a mancare, dispose l'inalienabilità della pensione; poichè, alienata questa, gli alimenti sarebbero man-

(1) V. Bianchi, *Corso elementare di Codice civile italiano,* Vol. IV, num. 250 e 251.

cati. La clausola d'inalienabilità era dunque niente altro che un mezzo necessario a conseguire lo scopo del legato; era niente altro che un modo apposto alla disposizione (1).

7) Gli assegni per alimenti, eccettochè per credito alimentare. — Quando si vuol procedere al pignoramento di assegni per alimenti per credito alimentare, tale pignoramento non può farsi se non colla permissione dell'autorità giudiziaria, e per la porzione determinata da essa (art. 592, Cod. di proc. civ.). Quali sono i *crediti alimentari* pei quali è ammesso il pignoramento degli assegni per alimenti, colle cautele stabilite per accordare le ragioni della umanità con quelle della giustizia? Questi crediti alimentari sono di due specie. È credito alimentare quello che sorge dalla somministrazione di alimenti fatta al debitore pignorato, come è il caso di colui che per un certo tempo gli ha somministrato il vitto giornaliero. Ed è pure credito alimentare quello che un'altra persona può avere verso il pignorato per un assegno alimentare, come è il caso del figlio che, privo dei mezzi di sostentamento, ha diritto agli alimenti verso il genitore. In forza della massima, che *privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur privilegio*, si tratti della prima o della seconda specie di credito alimentare, a garantia del medesimo, si potrà procedere al pignoramento dell'assegno per alimenti proprio del debitore (2). Al richiamo che abbiamo fatto dell'articolo 592 del Codice di procedura civile si collega l'esame della quistione, discussa dagli scrittori e nella giurisprudenza, se i beni costituenti il *patrimonio* degli ordinati *in sacris* possano formare oggetto di esecuzione da parte dei creditori. Il Supremo Collegio di Firenze decideva negativamente: « Se il nuovo Codice riconosce i patrimoni ecclesiastici che sono un istituto di gius canonico, è necessità logica e giuridica inferirne, che la ricognizione comprende tutte le qualità del subbietto riconosciuto, perchè con disposizioni speciali le dette qualità non siano abrogate (3). » Ma noi crediamo preferibile

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 21 agosto 1894; nel *Monitore dei tribunali*, anno 1894, pag. 830.

(2) V. Mattirolo, *Trattato di Diritto giudiziario civile*, Vol. V, num. 365.

(3) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 20 giugno 1881; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1881, parte I, pag. 513.

la teoria *erciscunda* accolta dalla Corte di Trani, vale a dire che è sottratto all'azione dei creditori il patrimonio sacro sol quando esso serve ad alimentare il prete. Quando questi sia provvisto di un benefizio, da cui abbia ciò che è necessario al proprio sostentamento, i beni che costituiscono il sacro patrimonio possono essere espropriati dai creditori (1). Il Ricci ha impugnata questa teoria, osservando che per l'ordinato *in sacris* non può ammettersi il diritto di sottrarre all'azione dei creditori una parte dei suoi beni, quel diritto che certo non si riconosce nel cittadino laico, carico di famiglia (2). E noi rispondiamo, che il Codice di procedura civile espressamente dichiara che non possono essere pignorati gli *assegni per alimenti*. Ora il patrimonio degli ordinati *in sacris* costituisce appunto un assegno per alimenti (3). Come fu dichiarato nell'articolo 21 del Concordato fra Pio VII e Ferdinando I di Napoli: « Essendo necessario di provvedere al *sufficiente sostentamento* di ciascun Ecclesiastico, che nei presenti tempi esige maggiori mezzi, gli Arcivescovi e i Vescovi da ora in poi aumenteranno la tassa del sacro Patrimonio. » Abbiamo richiamato il Concordato del 1818, non certamente per invocare la osservanza del medesimo, essendo stato abrogato, ma per determinare lo scopo della costituzione del sacro patrimonio.

8) Gli stipendi e le pensioni degli impiegati civili e militari. — L'insequestrabilità degli stipendi e delle pensioni fu introdotta principalmente nell'interesse della pubblica amministrazione, la quale ha perciò diritto di opporla in un pignoramento delle relative somme fatte presso di essa, come terzo detentore (4). Giusta gli art. 36 e 45 della Legge dei 14 aprile 1864, gli stipendi degli impiegati civili, le pensioni e gli arretrati di esse non si possono cedere nè sequestrare: « eccettuato il caso di debito verso lo Stato, che sia

(1) Corte di appello di Trani; sentenza dei 5 settembre 1881; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1882, parte II, pag. 196.

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, numero 64.

(3) V. Ferraris, *Bibliotheca canonica*, Vol. VI, verb. *Patrimonium*, num. 36; Neapoli, 1854.

(4) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 27 marzo 1893; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1894, parte I, pag. 240.

dipendente dall'esercizio delle funzioni dell'impiegato, e per causa di alimenti dovuti per legge. Nel primo di questi casi la ritenzione non può eccedere il quinto, e negli altri il terzo dell'ammontare della pensione o dello stipendio. » Con Legge dei 17 giugno 1864, articolo unico, le stesse disposizioni furono statuite per le paghe sì d'attività, che d'aspettativa, non che per gli arretrati di esse, e per gli altri assegnamenti tutti che possono competere « agli Ufficiali dell'Armata di terra e marittima, ed agli Impiegati assimilati a qualsiasi grado militare di terra o marittimo. » Allo stesso modo statuisce l'articolo 30 della Legge 15 giugno 1893: « Nè le pensioni, nè gli assegni, nè le indennità, nè gli arretrati di essi liquidati dalla Corte dei conti possono essere ceduti o sequestrati, eccettuato il caso di debito verso lo Stato che sia dipendente dall'esercizio delle funzioni dell'impiegato civile o militare, e per causa di alimenti dovuti per legge. Nel primo di questi casi la ritenzione non può eccedere il quinto, e negli altri il terzo dell'ammontare della pensione. » In proposito dobbiamo pure richiamare le disposizioni contenute nella Legge dei 26 luglio 1888. Giusta l'art. 1.° della suddetta Legge: « Fino a che non sarà provveduto con legge uniforme circa la insequestrabilità degli stipendi, assegni e pensioni dovuti per qualsiasi servizio pubblico, non possono nè cedersi, nè essere sequestrati, oltre il quinto del loro ammontare, gli stipendi, assegni e pensioni dovuti dal Fondo del culto, dagli Economati generali, dai Comuni, dalle Provincie, dalle Opere pie, dalle Camere di commercio, dagli Istituti di emissione, dalle Casse di risparmio e dalle Compagnie assuntrici di pubblici servizi ferroviari e marittimi. » Soggiunge l'art. 2.° della medesima Legge: « Il sequestro o la cessione potranno estendersi al terzo se si tratti di debiti che il funzionario abbia incontrato con l'amministrazione da cui dipende e per cause derivanti dall'esercizio delle sue funzioni, o di debiti per assegni alimentari dovuti per legge. » La cedibilità o sequestrabilità delle pensioni, permessa fino al terzo del loro ammontare dall'articolo 36 della Legge 14 aprile 1864, per titolo di alimenti dovuti per legge, giova non solo alle persone cui spetti il diritto agli alimenti, ma altresì al terzo che, avendoli a tali persone somministrati, ne domanda il rimborso. « Per la lettera dell'articolo 36, il favore della cessione e del sequestro è stato accordato a causa degli alimenti do-

vuti per legge, e non già alle determinate persone, cui spetti il diritto agli alimenti medesimi; epperciò deve essere ammesso a godere del vantaggio di cui si tratta il terzo che somministrò gli alimenti alla moglie, al figlio, al genitore, in luogo e vece del debitore, e ripete così il suo credito pur sempre dalla causa privilegiata. D'altra parte non si ravvisa alcun motivo per cui il legislatore avesse in questo caso a declinare dal principio ammesso nel Codice civile che il terzo, il quale somministri gli alimenti, ha diritto di ripeterne la prestazione dall'obbligato, facendo valere le ragioni dell'alimentato e con tutti i mezzi di conservazione e di esecuzione che sono a disposizione dell'alimentato. La posizione è identica, e la eccezione al principio della insequestrabilità delle pensioni, stata determinata dal fine di assicurare i mezzi di sussistenza alle persone strettamente legate dai vincoli di parentela col pensionato, accomunandone le sorti, deve operare in tutte le sue conseguenze. Sarebbe stato veramente improvvido di non comprendere nel privilegio il terzo che fornì gli alimenti, avvegnachè sia risaputo che in omaggio ai sentimenti sempre commendevoli del maggior rispetto e riguardo, le persone summenzionate difficilmente si dispongono a far ricorso agli atti giudiziali in danno del pensionato, almeno fino a che le loro necessità siano giunte al grado estremo, onde tardi arriverebbe il soccorso nella comune dei casi se le persone stesse non potessero intanto fare assegnamento per la somministrazione degli alimenti sui terzi estranei non tenuti agli stessi riguardi e garantiti dalla ripetibilità del loro avere, mediante l'esercizio delle ragioni di sequestro e pignoramento sulla pensione (1). » La dottrina accolta dal Supremo Collegio di Torino s'informa al concetto che abbiamo svolto parlando dell'obbligazione alimentaria stabilita per autorità della legge. Richiamiamo l'acconcia osservazione del Demolombe: merita plauso, non censura colui che è venuto in soccorso dell'alimentando, il quale non poteva, immediatamente, al momento cioè in cui è sorto il bisogno, rivolgersi ai suoi parenti od ai suoi affini.

9) Le iscrizioni nominative sul Gran Libro del debito

---

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 7 settembre 1891; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1892, parte I, pagina 139.

pubblico. — Statuisce l'art. 30 della Legge dei 10 luglio 1861: « Le iscrizioni nominative non sono soggette ad opposizione che nei casi seguenti: 1.° In caso di perdita o smarrimento del certificato d'iscrizione; 2.° In caso di controversia sul diritto a succedere; 3.° In caso di fallimento o di cessione di beni. » Giusta l'art. 32, fuori di questi casi, e fuori dei casi d'ipoteca, « le iscrizioni nominative sul Gran Libro del Debito pubblico non saranno soggette a sequestro, impedimento od esecuzione forzata per qualsivoglia causa. » Il Decreto organico dei 28 luglio 1861 racchiude alcune disposizioni che è nostro debito di riferire. Giusta l'art. 50: « La ipoteca regolarmente annotata dà diritto al creditore di conseguire sulla rendita per autorità del Giudice l'ammontare del credito per la sicurezza del quale fu data l'ipoteca. In tal caso la rendita sarà alienata in tutto o in parte in proporzione dell'ammontare del credito. » Soggiunge l'art. 52: « Qualora il creditore non abbia o non possa avere dal titolare o da altro possessore il *certificato* della rendita ipotecata, unirà alla dimanda di alienazione della rendita un estratto della corrispondente iscrizione rilasciato dall'amministrazione del Debito pubblico. »

Il testo della legge è chiarissimo. Eppure, il Supremo Collegio di Napoli non dubitava di proclamare la massima, che anche i titoli d'iscrizioni nominative della rendita sul debito pubblico sono titoli di credito come gli altri; e possono quindi essere pignorati e sequestrati dai creditori del titolare, sia presso di lui, sia presso il terzo cui egli abbiali dati in deposito. Riprovando la opposta teoria seguìta dalla Corte di merito, la Cassazione napoletana ritenne che, interdicendosi dalla legge del 1861 il sequestro e l'opposizione in rapporto alle iscrizioni nominative, « il divieto si debbe intendere limitato alla materia delle mutazioni e trasferimenti, che con le annotazioni per vincoli ed ipoteca sono ammessi nei registri del Gran Libro del debito pubblico. » L'impedimento di altri atti da iscriversi: « consigliato dal non turbare od inretire l'andamento dell'amministrazione con delle notate per atti di esecuzione, non vuole confondersi col divieto al creditore di esercitar l'azione che può competergli sul certificato, il quale, uscito dal dominio dell'amministrazione del Gran Libro, è un titolo di credito come qualunque altro, che costituendo la garantìa della obbligazione inadempiuta, dà al creditore

il diritto di pignorarlo così presso il titolare, che presso il depositario, od altro possessore per qualsiasi causa. In tutto ciò è estraneo il Gran Libro, e la legge che regola le sue relazioni co' titolari non è manomessa; perciocchè la esecuzione sulla rendita non potrebbe aver giammai effetto senza il pronunziato del giudice competente, che ordina l'alienazione della rendita per indi dividerne il prezzo in tutto od in parte tra i creditori (1). »

La Corte di Cassazione di Roma prestava ossequio ai veri principî che debbono seguirsi in tale materia; essa decideva che, tranne i casi tassativamente determinati negli art. 30 e 32 della Legge 10 luglio 1861, le iscrizioni nominative sul Gran Libro del debito pubblico non sono soggette a sequestro, impedimento od esecuzione forzata per qualsivoglia causa. La cura di osservare e far osservare la legge che governa l'istituzione del Debito pubblico spettando alla Direzione che ne rappresenta e conduce l'amministrazione, la Direzione od amministrazione medesima ha non solo l'interesse, ma il dovere di respingere qualunque pignoramento od esecuzione che voglia farsi sulle iscrizioni di rendita. Richiamato il testo degli articoli 31 e 32 della Legge del 1861, osservava la Cassazione romana: « Queste disposizioni proibitive, così energiche ed assolute, hanno uno scopo d'interesse generale, per conservare e tener alto con ogni specie di garantie il prestigio del credito pubblico, e per rendere l'amministrazione meno complicata e più sicura nel suo andamento; e pertanto nessuna eccezione è possibile, comunque tratta dall'interesse e volontà delle parti, le quali non possono derogare coll'accordo e col consenso a ciò che è costituito non nel loro esclusivo interesse privato, ma per una ragione generale di pubblica utilità e convenienza (2). »

10) I diritti spettanti agli autori delle opere d'ingegno. — Il testo unico della Legge sui diritti di autore, dei 19 settembre 1882, così dispone nell'art. 16: « Il diritto di ripro-

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 16 gennaio 1877; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1878, parte I, pag. 66.

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 16 gennaio 1885; nella *Legge*, anno XXV, Vol. I, pag. 471. Il Supremo Collegio di Roma rifermava questa dottrina, con sentenza dei 19 dicembre 1891; nella *Legge*, anno XXXII, Vol. I, pag. 293.

durre un'opera pubblicata non è soggetto ad esecuzione forzata sino a che rimane nella persona dell'autore. Se questo diritto è goduto in comune da uno o più autori e da un terzo non autore, può essere espropriato a danno di ciascuno a cui spetta, salvo agli altri il diritto di prendere una parte del prezzo equivalente alla loro parte del diritto. » E nell'articolo 17: « Il diritto di pubblicare un'opera inedita non è soggetto ad esecuzione forzata, se non nei casi in cui, a termini dell'articolo precedente, può essere espropriato il diritto di riproduzione, purchè però consti che l'autore aveva già disposto che l'opera fosse pubblicata. Sono perciò ammesse le prove scritte della volontà dell'autore, o le prove dei fatti da cui emerge aver l'autore destinata l'opera alla pubblicità in modo definitivo. La prova della volontà dell'autore non potrà farsi per mezzo di testimoni. »

11) Le somme dovute agli appaltatori di opere pubbliche, durante l'esecuzione di esse.—Statuisce a tal riguardo l'art. 351 della Legge sui lavori pubblici, dei 20 marzo 1865: « Ai creditori degli appaltatori di opere pubbliche non sarà concesso verun sequestro sul prezzo di appalto durante la esecuzione delle stesse opere, salvo che l'Autorità amministrativa, da cui l'impresa dipende, riconosca che il sequestro non possa nuocere all'andamento ed alla perfezione dell'opera. Potranno però essere senz'altro sequestrate le somme che rimarranno dovute ai suddetti appaltatori dopo la definitiva collaudazione dell'opera. » E l'art. 353: « Quando a termini dell'art. 351 l'Amministrazione riconosca di poter annuire alla concessione di sequestri, saranno questi preferibilmente accordati ai creditori per indennità, per mercedi di lavoro e per somministrazioni di ogni genere che si riferiscono all'esecuzione delle stesse opere. » Il Supremo Collegio di Napoli faceva esattissima applicazione della legge, decidendo, che non è permesso di sequestrare, prima del collaudo di un'opera pubblica, le somme che rimarranno dovute all'appaltatore dopo il collaudo dell'opera stessa. « La ragione del divieto sta nello scopo d'impedire che fossero frapposti ostacoli alla esecuzione dell'opera pubblica, essendo naturale che facendosi il sequestro *durante* la esecuzione della stessa, le somme che potranno spettare all'appaltatore dopo il collaudo diverrebbero indisponibili fin da quel momento, ed allora non potrebbe l'Amministrazione pagare e ritenersi sul prezzo dei lavori le som-

me che avesse già pagate, in conformità degli articoli 357 e 358, e tanto meno potrebbero avere effetto gli articoli 354, 355, 360 e 361 della legge sui lavori pubblici, i quali tutti sono diretti ad assicurare il compimento e la sollecita esecuzione delle opere pubbliche, nonchè a farne invertire il prezzo in vantaggio, preferibilmente, dei creditori per occupazioni di stabili e relativi danni, per indennità e mercedi di lavori, e per somministrazioni di ogni genere riferibili alle opere appaltate; i sequestri quindi che da qualsivoglia creditore si facessero incondizionatamente recherebbero intralcio, ritardo e turbamento delle opere stesse. Nè vi è timore, come vorrebbe insinuarsi, che negandosi ai creditori la facoltà di sequestrare, in pendenza dei lavori, le somme che potranno spettare al loro debitore dopo il collaudo definitivo, si darebbe a costui il mezzo di frodarli, poichè i citati articoli, nonchè l'altro 339, bastano a tranquillare anche i più timidi e ad impedire qualunque frode (1). »

12) I salari giornalieri degli operai che debbono corrispondersi in futuro.—Come notava in proposito il Supremo Collegio di Napoli: « Trattandosi di un credito che si forma giorno per giorno, posteriormente all'atto di pignoramento, non può il credito medesimo per cotesta sua indole giuridica formare materia di sequestro presso terzi. E per fermo, il salario come sopra, dovuto giorno per giorno posteriormente al sequestro, non costituisce già un capitale od una prestazione esistente nelle mani del terzo, invece un credito futuro ed eventuale, dipendente dalla volontà del debitore e da quella del creditore; perchè se il giornaliere è congedato, se egli muta volontà, e se prende commiato e non presta l'opera sua, cessa ogni ragione di debito o di credito. E ciò avverrebbe assai certamente per parte del giornaliere, il quale non pagato della sua mercede da colui cui presta l'opera sua, perchè pignorata, cesserebbe dal prestare l'opera medesima, ed il costui credito pignorato finirebbe, ed il pignorante avrebbe fatto niente altro che una esecuzione senza scopo utile. Trattandosi dunque di mercede giornaliera, da potersi dovere posteriormente al pignoramento, non esistendo vincolo alcuno, perchè tutto dipende dalla volontà dell'operaio e di colui

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 23 giugno 1892; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1892, parte I, pag. 897

che si avvale dell'opera di lui, come sopra si è osservato, si ha perciò, secondo innanzi si è detto, l'insequestrabilità dei salari simili al presente, per le scadenze posteriori al pignoramento (1). »

In altra parte del nostro lavoro abbiamo richiamata la teoria seguìta in Italia nel campo della giurisprudenza, che le chiese destinate al pubblico culto si debbono ritenere fuori di commercio, e quindi, come non si possono alienare, non possono formare oggetto di espropriazione forzata. Ora aggiungiamo, che la stessa teoria deve accettarsi trattandosi dei vasi e degli arredi sacri, fino a che conservano la loro destinazione speciale; questi oggetti, destinati al pubblico culto, non possono ritenersi soggetti a pignoramento o ad altra qualsiasi procedura esecutiva (2). Nel 1874, innanzi alla Corte di Bologna, fu sollevata la quistione, se, nel sistema del diritto italiano, le campane di una chiesa possano considerarsi come fuori di commercio, e per conseguenza possano essere pignorate. La Corte accolse la sentenza negativa, vale a dire, ritenne le campane *res in commercio*. Nondimeno soggiunse, che le campane collocate nel campanile, dovendo considerarsi come immobili per destinazione, non possono essere colpite dall'esecuzione relativa ai beni mobili. « Nelle nostre leggi indarno si cercherebbe una disposizione la quale sottraesse all'azione dei creditori le cose inservienti al culto. D'altra parte in questa materia non potrebbero applicarsi senza restrizione i testi del Diritto romano; in quantochè, se presso i Romani veniva sottratta al commercio ogni cosa che portasse il suggello della religione per l'influenza che le cerimonie del culto esercitavano sul loro spirito, e per la parte importante che esse occupavano nelle loro istituzioni politiche, ciò non sarebbe compatibile collo spirito che domina la nostra legislazione. Considerando però, che se tutto questo è vero, è altrettanto certo, che non si potrebbe senza esagerare la portata delle nostre leggi prescindere assolutamente dalla destinazione che una cosa abbia ricevuto in servizio

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 5 dicembre 1890; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1891, parte I, pagina 425.

(2) V. Palmulli, *Se si possa agire in via esecutiva sulle cose destinate al culto divino*; Napoli, 1873.

del culto, sia perchè l'uso pubblico, al quale è per tale motivo destinata, può equivalere a quello in ragione del quale sono sottratti al commercio i beni del demanio pubblico, come, per esempio, deve dirsi delle chiese e cimiteri: sia perchè il legislatore non avrebbe potuto, senza disconoscere la realtà delle cose, fare astrazione dal sentimento in forza del quale sono dalla comune coscienza considerate come straniere al commercio le cose che sono per sè stesse oggetto di culto e quelle *quae adhibentur cum res divina conficitur.* » Le campane, sebbene inservienti all'esercizio del culto e benedette dal sacerdote, non possono riguardarsi come cose propriamente sacre, come non è sacro il campanile nel quale sono custodite. Ciò non ostante esse non possono giudicarsi colpite dall'esecuzione mobiliare; debbono ritenersi immobili per destinazione. « Se per comune consenso vengono considerate come immobilizzate per destinazione le vetrine destinate all'ornamento d'una bottega, la zattera che serve ad una casa situata in riva alle acque, la pompa da fuoco addetta ad un edifizio, soggetto per la sua speciale destinazione alla eventualità degli incendii, perchè soddisfacendo ad un bisogno permanente degli immobili cui sono rispettivamente applicati, la loro applicazione ha il carattere della stabilità, è evidente che a più forte ragione dee dirsi altrettanto delle campane, una volta che siano collocate sul campanile, inquantochè esse non sono suscettive di verun' altra destinazione, e il campanile sfornito di campane non risponderebbe all' unico scopo pel quale è costrutto, di modo che le une sono più che un accessorio, un complemento necessario dell'altro (1). » Noi non possiamo accettare la teoria della Corte di Bologna, quando dice che le campane non possono riguardarsi come cose propriamente sacre. Il Moroni ha descritto con precisione il rito che si segue nella *benedizione delle campane.* Tra l'altro, il vescovo « col pollice della mano destra, coll'olio degli infermi, fa la figura di croce nel mezzo della Campana al di fuori. Poscia asterge con un panno la croce fatta da lui, e collo stesso olio fa altre sette croci sull' esterno della Campana, e quattro ne fa col crisma al di den-

(1) Corte di appello di Bologna; sentenza dei 13 luglio 1874; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1874, parte I, sez. II, pag. 597.

tro in egual distanza, dicendo: *questa Campana sia santificata, e consacrata in nome del Padre, del Figliuolo e dell Spirito Santo* (1). » Il padre Menochio, in una speciale dissertazione, ha pure parlato della consacrazione e del *battesimo* delle campane. Egli osserva (e non vogliamo privare il lettore di questa osservazione, sebbene non abbia attinenza col Codice): « Il suono delle campane ha virtù d'atterrire e voltare in fuga li demonii, onde leggiamo nel libro *de sortilegiis* di Paolo Grillando, che portando i demonii da un luogo ad un altro certe donne streghe, udito il suono delle campane, si fuggirono e le lasciarono cadere (2). » La opinione che abbiamo esposta, per combattere il concetto enunciato dalla Corte di Bologna, si trova propugnata in una pregevole monografia del Giustiniani. Egli, alla dimostrazione giuridica dell'argomento, aggiunge alcune considerazioni generali sull' uso delle campane, e nota pure che esse « sono state spesso il soggetto delle ispirazioni dei poeti. » Vi è una poesia lirica dello Schiller dedicata alle campane. E Dante, in principio del Canto VII del *Purgatorio*, rammenta la soave melanconia che desta nel cuore il suono vespertino delle campane (3). Noi integriamo questi ricordi poetici col richiamo dei versi del Passeroni, nei quali, dopo aver detto che i suoi sonni non erano rotti dal rauco suono di fiera tromba o da altro rumor strano, soggiungeva: « Mi rende sol le notti men tranquille, Il suon talor delle devote squille. » Ed allora, ne siamo sicuri, egli non ripeteva il verso del *Lied von der Glocke,* che *der Segen kommt von oben!*

Per quanto si attiene ai beni dello Stato, delle Province e dei Comuni, non può dubitarsi, che sono incapaci di esecuzione forzata i beni demaniali dello Stato, cui corrispondono i beni di uso pubblico delle Province e dei Comuni. Lo stesso principio deve applicarsi per le contribuzioni e per le

---

(1) V. Moroni, *Dizionario di erudizione storico ecclesiastica,* Vol. VII, verb. *Campana*, § IV; Venezia, 1841.

(2) V. Menochio, *Stuore tessute di varie erudizioni sacre*, *morali e profane,* Vol. II, Centuria VI, Cap. XIX; Venezia, 1724.

(3) V. Giustiniani, *Le campane nel diritto italiano;* nella *Rivista di diritto ecclesiastico del Regno*, anno I, pag. 260 e seg.; quad. di ottobre 1890.

rendite patrimoniali; ma, in rapporto a queste rendite, il principio dianzi enunciato vuolsi applicare solo quando esse si trovino già *impostate* in bilancio a servigio dei bisogni pubblici dello Stato, delle Province e dei Comuni (1). Il Mantellini ha sostenuto che i beni patrimoniali dello Stato in nessun caso formano oggetto della garantìa comune. « La cassa dello Stato è custodita dalle guardie, nè può allungarvi la mano se non il Cassiere, il quale non dee dipartirsi dalle istruzioni che gli son date per legge, come non può sottrarsi dalle competenze amministrative. Bandi d'altri tempi diventano pregiudizio sotto istituzioni diverse; e disposizioni di principato assoluto sono rese incompatibili coi mutati ordinamenti dello Stato. » Il Mantellini chiama *attentati sacrileghi, illegittimi e temerari* gli atti esecutivi contro lo Stato (2). Noi non possiamo accettare questa teoria, e non crediamo che sia consentito in nome della libertà di negare al privato cittadino l'esercizio del suo diritto, quando lo fa valere per mezzo di un pubblico uffiziale, e conformandosi a tutte le altre norme statuite dalla legge, sol perchè la cassa dello Stato è *custodita dalle guardie!* È incontrastabile, e noi abbiamo prestato ossequio costantemente a questo principio, che la condizione giuridica dello Stato, anche nei rapporti di persona giuridica, deve essere governata da norme speciali. Ma è anche incontrastabile, che il riconoscimento di questo principio non deve convertirsi in dispregio delle massime più inconcusse della giustizia. La *forza* (che è rappresentata dalle *guardie* poste sulla scena dal Mantellini) deve servire a guarentigia del *diritto*; non deve costituire un mezzo per esimersi dalla osservanza delle obbligazioni.—Sul principio, che i beni patrimoniali dei Comuni e delle Province sono soggetti ad espropriazione forzata secondo le norme ordinarie di diritto civile, si è pronunziata solennemente la più autorevole giurisprudenza. Osservava il Supremo Collegio di Roma: « Come il Comune gode di tutte le garanzie giudiziarie contro i terzi, enorme ingiustizia sa-

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 5; Firenze, 1879.

(2) V. Mantellini, *Lo Stato e il Codice civile,* Vol. III, Parte IV, Lib. I, tit. IV, Cap. II; Firenze, 1882.

rebbe il negare ai terzi contro il Comune la corrispondente reciprocazione; il concedere al Comune, soggetto al pari degli altri enti morali e di tutti i cittadini alle leggi che garantiscono la proprietà, che ne regolano l'acquisto, il possesso, l'alienazione e l'esercizio dei diritti che vi sono inerenti, il singolare privilegio d'una esenzione, per riguardo ai suoi beni patrimoniali, da quel potere che è custode e giudice di ogni diritto civile e politico; il sostituire alle garanzie giudiziarie il mal trovato rimedio di un ricorso all'autorità tutoria del Comune debitore, un privilegio non stabilito da veruna legge, ed al quale le più inconcusse ragioni del diritto resistono. Nè dal Codice civile, nè da quello di procedura civile, nè dalle leggi speciali sul contenzioso amministrativo e sull'ordinamento delle amministrazioni comunali o provinciali, furono i beni patrimoniali dei Comuni sottratti alle esecuzioni *imperio judicis*, non fu alle garanzie giudiziarie sostituito l'ibrido rimedio di un ricorso stragiudiziale in via amministrativa, dal quale l'esercizio e gli effetti d'ogni diritto reale o personale sarebbero sconvolti (1). » Ed il Supremo Collegio di Torino: « Se per procedere alla esecuzione dei beni patrimoniali dei Comuni, dei quali fu promossa la subasta, non vi sono disposizioni speciali di legge che escludono o modificano le norme stabilite dalla legge comune di procedura per l'esecuzione forzata sui beni dei privati, non si potrebbe prescindere dalla loro applicazione, senza dare vita ad un privilegio arbitrario a favore dei Comuni, contro la regola generale sancita dagli articoli 1948 e 1949 Codice civile, secondo cui tutti i beni del debitore od obbligato costituiscono la garanzia dell'adempimento delle contratte ob-

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 19 giugno 1876; nel *Foro italiano*, anno 1876, parte 1, pag. 915. Le *Conclusioni* conformi innanzi alla Cassazione furon date dall'illustre Pescatore, il quale, fra l'altro, notava: « Ottomila e quattrocento Comuni tentano in questo momento una impresa funesta a loro medesimi, che, essendo già immersi nei debiti, procaccia loro agevolezze e speranze a contrarne dei nuovi; l'impresa di sottrarsi alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria; tronchiamola. » Le *Conclusioni* del Pescatore furono pubblicate integralmente nel *Monitore dei tribunali* di Milano, anno 1876, pag. 662 e seg.

bligazioni. Quando si tratta di debito regolarmente contratto, ne sorge necessariamente quel *vinculum juris*, da cui non può sottrarsi una parte verso l'altra per tutte le giuridiche conseguenze che ne sono dipendenti (1). » Alla stessa dottrina ispiravasi recentemente la Corte di appello di Milano: « Il Codice civile patrio, dopo aver dichiarato all'articolo 2, che i Comuni, le Provincie, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico; nel successivo articolo 432 distingue i beni delle Provincie e dei Comuni in beni di uso pubblico ed in beni patrimoniali, soggiungendo che la destinazione, il modo e le condizioni dell'uso pubblico e le forme di amministrazione e di alienazione dei beni patrimoniali sono determinate da leggi speciali. Per tal modo si ha costituita una perfetta parità di trattamento tra i Comuni, le Provincie ed i privati, tanto a riguardo della personalità giuridica, ovverosia capacità di obbligarsi, quanto di quella di amministrare i beni e di possederli *iure proprio*. E se è così, come non può dubitarsi, due sono i corollari che ne conseguono; l'uno che come i beni dei privati così quelli dei Comuni e delle Provincie devono, giusta il principio suenunciato, costituire la garanzia comune dei loro creditori; l'altro che l'autorità giudiziaria che ha giurisdizione per compellere i privati a soddisfare le loro obbligazioni mediante, occorrendo, la esecuzione di tutti i loro beni, deve del pari e per la stessa ragione poterla applicare in confronto dei Comuni e delle Provincie, non potendosi immaginare che i suoi giudicati siano scompagnati dall'impero, e cioè dall'esecuzione che ne è il complemento (2). » Crediamo che non sia necessario di arrestarci a notare la inesattezza del concetto enunciato dalla Corte, circa la *perfetta parità di trattamento*, in tema di personalità giuridica o capacità di obbligarsi, tra le persone fisiche e le persone giuridiche. La risoluzione della quistione che doveva esaminare la Corte permane la stessa, pur non ammettendosi

---

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 4 dicembre 1890; nel *Foro italiano*, anno 1891, parte I, pag. 253.

(2) Corte di appello di Milano; sentenza dei 26 marzo 1895; nel *Filangieri*, anno 1895, parte II, pag. 532.

questo concetto, che non è esatto: lo abbiamo dimostrato in altra parte del nostro lavoro.

F) Un'ultima osservazione dobbiamo fare in rapporto all'art. 1948. Nel sistema del Diritto italiano, soltanto i beni del debitore rispondono delle contratte obbligazioni. A tal proposito si debbono distinguere tre periodi storici.

Nel primo periodo è la *persona* del debitore che risponde principalmente delle contratte obbligazioni; indubbiamente anche i beni rispondono di queste obbligazioni, ma come accessorio della persona. Così, nell'antico Diritto romano, il debitore che non pagava era aggiudicato (*addictus*, *adjudicatus*) al creditore. Tale custodia durava sessanta giorni, nel quale termine poteva liberarsene coll'adempimento dell'obbligazione. Scorso inutilmente questo tempo, il creditore lo conduceva *trans Tiberim*, e lo vendeva come schiavo. Quando vi erano più creditori, si riconosceva in essi il diritto dell'*in partes secare*. È nota la disposizione del Carme decemvirale: « Tertiis nundinis partes secanto: si plus minusve secuerint, se fraude esto. »

In un secondo periodo storico si applica il principio: *qui non luit in aere, luat in corpore*. È il patrimonio del debitore che risponde principalmente delle contratte obbligazioni; ma, in mancanza del patrimonio, risponde la persona del debitore. È questo il concetto cui s'informa l'istituto dell'*arresto personale* per debiti, variamente governato nei diversi tempi e nei diversi paesi.

Il terzo periodo è stato inaugurato in Italia dalla Legge dei 6 dicembre 1877. Si applica il principio, che fu già proclamato nella stessa Roma dalla *Lex Poetelia Papiria*, che il pegno delle contratte obbligazioni sta nel patrimonio, e non già nella persona del debitore: *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*. Soltanto le ragioni dell'ordine e della sicurezza sociale possono giustificare i vincoli alla libertà individuale; ma questa non può essere subordinata al pagamento dei debiti. La guarentigia delle contratte obbligazioni deve limitarsi ai *beni* del debitore; beni mobili ed immobili, beni presenti e futuri.

II.

Esame degli articoli 1949 e 1950.

I beni del debitore sono la garantìa comune dei suoi creditori, e questi vi hanno tutti un eguale diritto quando fra essi non vi sono cause legittime di prelazione (art. 1949). Le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche (art. 1950).

Spieghiamo il sistema della legge. Si procede alla espropriazione forzata dei beni del debitore. In qual modo si deve distribuire il prezzo ricavato dalla vendita giudiziale? Se il prezzo è sufficiente a pagare tutti i creditori, tutti saranno soddisfatti. Il debitore in nessun caso può domandare la conservazione di un assegno pei suoi bisogni. Il Diritto moderno, in nessun caso, riconosce il *beneficium competentiae,* il *deducto ne egeat* del Diritto romano. Ma spesse volte si avvera che il prezzo ricavato dalla vendita giudiziale non basta per il soddisfacimento di tutti i creditori. Ed, allora, con quale criterio si procede per la distribuzione di questo prezzo?

In primo luogo sono pagati i creditori *privilegiati.* Costoro, in riguardo al favore inerente alla qualità del loro credito, sono preferiti, sul prezzo dei beni del debitore comune, non solo ai creditori meramente *personali,* ma eziandio ai creditori *ipotecari.*

In secondo luogo sono pagati i creditori *ipotecari.* Questi creditori hanno un diritto reale sui beni ipotecati pel loro credito; e quindi sono collocati, sul prezzo dei medesimi, con preferenza sopra i creditori meramente *personali.* « De jure communi habet praelationem hypotheca in concursu actionis personalis (1). »

In ultimo luogo sono pagati i creditori meramente *personali* o *chirografari.* Costoro non hanno alcuna causa di prelazione, essi possono sperimentare i loro diritti sui beni del debitore, ma solo nel caso che questi beni costituiscano un accessorio della *persona* obbligata. Il creditore meramente personale ha dunque un pegno legale nei beni del suo de-

(1) Ruota Romana; decisione dei 16 aprile 1668; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum*, Pars XV, num. 371; Venetiis, 1716.

bitore; ma costui può diminuire tale pegno, o farlo cessare, alienando i beni. La denominazione di creditori *chirografari*, che suolsi dare ai creditori meramente personali, vale a dire a quelli che non sono nè *privilegiati*, nè *ipotecari*, trae la sua etimologia da due voci greche (*χείρ*, *mano* e *γράφω*, *scrivo*), le quali esprimono il concetto, che il titolo da cui deriva il loro diritto di credito si è formato *manu contrahentium* (1). Ma, come noteremo di qui a poco, nel sistema del Diritto moderno, anche quando il titolo è autentico, sempre che non abbia il creditore a suo favore una causa di prelazione, deve ritenersi creditore chirografario.

Se il prezzo non è sufficiente per pagare tutti i creditori *privilegiati*, tra essi è determinata per legge una preferenza, avuto riguardo alla qualità del privilegio. Allo stesso modo tra i creditori *ipotecari* vi è la preferenza che si determina avuto riguardo all'ordine dell'iscrizione. Ma, in rapporto ai creditori meramente *personali* o *chirografari* non si ammette alcuna preminenza; essi sono pagati per *contributo*, nel caso che la somma residuale non è sufficiente per soddisfare integralmente i loro crediti. Ad esempio, dopo il pagamento dei creditori *privilegiati* ed *ipotecari*, restano 10,000 lire. I creditori *personali* o *chirografari* complessivamente debbono avere 20,000 lire. In tal caso, i loro crediti saranno ridotti del 50 per cento. Il creditore di 1000 lire ne avrà 500; il creditore di 600 lire ne avrà 300; il creditore di 100 lire ne avrà 50. Il *contributo* stabilito dalla legge tra i creditori meramente *personali* o *chirografari* esclude, come dianzi abbiamo osservato, qualunque preminenza degli uni sugli altri. Quindi non si deve tener conto della priorità del titolo; il creditore più antico concorre, nella attribuzione del prezzo residuale, insieme col creditore più recente. I beni del debitore comune formano la garantìa di tutti i creditori. E si assegna molto facilmente la ragione del sistema della legge. Fatta astrazione dalle cause di prelazione che possono competere ad alcuni creditori (i creditori privilegiati ed i creditori ipotecari), la garantìa delle contratte obbligazioni non risiede su cose determinate e per loro stesse considerate, ma sulle cose esistenti nel patrimonio del debitore, e in quanto

(1) V. Cuiacio, *Recitationes solemnes*, Ad L. VII, tit. XVII, Lib. VIII Codicis (Vol. IX, col. 1212 a 1215 dell'ediz. napoletana del 1758).

fanno parte di tale patrimonio. Tale garantìa, come osserva il Ricci, non impedisce al debitore di disporre liberamente delle cose che gli appartengono, salva l'azione rivocatoria in caso di frode; ed esso può anche diminuirla col fare uscire dal suo patrimonio i beni che vi si comprendevano allorchè l'obbligazione ebbe vita. Orbene, se il debitore può, compiendo liberamente atti di alienazione, diminuire o anche togliere affatto la guarentigia dei creditori, come può il primo creditore pretendere di conservare esclusivamente per sè la guarentigia sui beni del debitore, e mettere in seconda linea il creditore posteriore? A costui ha il debitore, coll'obbligarsi, accordato lo stesso diritto accordato al primo, e se il diritto concesso a costui può essere anche ridotto al nulla in conseguenza di atti di alienazione, molto più può essere diminuito da un' eguale garantìa accordata ad altro creditore (1). I creditori chirografari, nota il Persil, sono collocati per contributo. I loro diritti sono rispettivamente eguali; tra i medesimi la priorità della data o l'autenticità del titolo costitutivo dell'obbligazione non concede nessuna preminenza. Perchè un creditore chirografario concorra con gli altri basta che il suo credito sia legalmente stabilito (2). Gli antichi giuristi francesi dicevano, che i creditori chirografari sono ammessi a prender parte alla distribuzione *au sol la livre*. Ad essi si applica la legge dell'eguaglianza proporzionale, che è la vera eguaglianza. Ed il sistema della legge è conforme ai dettami della giustizia. Tutti i creditori chirografari sono nella stessa condizione; e quindi debbono essere trattati allo stesso modo. Non richiedendo delle guarentige speciali dal debitore, questi creditori *crediderunt* (che è appunto la etimologia della voce *creditore*), ebbero fiducia nella solvibilità dell'obbligato; la insolvibilità è un sinistro comune, che tutti i creditori debbono sopportare in eguale proporzione (3).

L'art. 1950 enuncia le due cause legittime di prelazione, i *privilegi* e le *ipoteche*. Nel seno della Commissione Coordinatrice fu proposto dal Chiesi che, sulle orme delle leggi

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, num. 66.

(2) V. Persil, *Régime hypothécaire*, sull'art. 2093; Paris, 1809.

(3) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 1062; Paris, 1892.

ipotecarie toscane, anche la *separazione dei patrimoni* venisse annoverata tra le cause legittime di prelazione. « Non è egli vero, disse il proponente, che, in forza della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, i creditori del primo sono soddisfatti sul patrimonio di lui a preferenza dei creditori dell'erede? » Tale proposta non fu accolta dalla Commissione, per la ragione addotta dal Pisanelli, che « la separazione dei patrimoni non ha altro scopo fuori quello di determinare e limitare i beni sui quali vadano esercitati privilegi e ipoteche preesistenti; e che, sia o non sia essa separazione annoverata tra le cause di prelazione, produrrà pur sempre l'effetto che le è proprio: cosicchè la fatta proposta, conchiuse il Pisanelli, non toccherebbe il concetto, ma accennerebbe soltanto ad una quistione di forma (1). »

Nel campo della dottrina si tratta la quistione, se il diritto di ritenzione, nel sistema del Codice, costituisca o pur no una causa di prelazione. Il Pacifici-Mazzoni ed il Tartufari propugnano la sentenza negativa; ed essa è confortata da ragioni evidentissime. Statuisce il Codice, nel num. 7 dell'art. 1958, che hanno privilegio speciale le spese fatte per la conservazione o pel miglioramento di mobili, sopra gli stessi mobili conservati o migliorati, sempre che si trovino ancora presso coloro che fecero le dette spese. Adunque se, per legge, è causa di privilegio, cioè di prelazione, la sola conservazione o il solo miglioramento dei mobili, è manifesto che nelle altre cause, per le quali si ammette il diritto di ritenzione, non si può ravvisare ragione di preferenza di fronte ad altri crediti. Il diritto di ritenzione, considerato nei rapporti fra il creditore a cui è concesso, e il proprietario della cosa e debitore, non è che una eccezione che quegli può opporre a questo, per rifiutargli la restituzione della cosa. La ritenzione ha carattere meramente personale, perchè deriva da una mera ragion di credito, e non può essere mai opposta ai terzi. Donde promana che se il terzo possessore di più fondi da lui migliorati ne restituisce alcuni, non potrà ritenere gli altri che per l'ammontare del credito che ha riguardo ad essi, e non ancora per garantirsi il rimborso dei miglioramenti dei fondi già restituiti (2). Secondo il Codice

(1) Verb. num. 40 della Commissione Coordinatrice.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 9.

civile, il diritto di ritenzione costituisce pel possessore un mezzo di conservazione e di garantìa, il quale ha questo di speciale e di caratteristico, di aggiungere, cioè, uno stimolo efficace al proprietario, affinchè saldi al più presto possibile il suo debito relativo alla cosa detenuta dal creditore. Donde derivano i vantaggi di una soddisfazione più facile, più economica, più pronta. Ma non vi è bisogno d'immaginare, come ha fatto il Mourlon, che la ritenzione sia un diritto reale. Sarebbe invero un curioso diritto reale quello che colla perdita del possesso venisse meno; essendo indubitato che, perduto il possesso, potrà aversi bensì un altro mezzo di refezione, ma la ritenzione no di certo (1).

III.

Esame dell'articolo 1951.

Se le cose soggette a privilegio od ipoteca sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati od ipotecari secondo il loro grado, eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento. Gli assicuratori sono però liberati, qualora paghino dopo trenta giorni dalla perdita o dal deterioramento, senza che siasi fatta opposizione. Sono altresì vincolate al pagamento dei detti crediti le somme dovute per causa di spropriazione forzata per pubblica utilità o di servitù imposta dalla legge (art. 1951).

Come si ricava dal testo preciso di questo articolo del Codice, il vincolo a favore dei creditori privilegiati od ipotecari si avvera in tre casi:

Primo caso. — In rapporto alle somme dovute dagli assicuratori, quando la cosa soggetta a privilegio od ipoteca è perita o deteriorata. L'art. 417 del vigente Codice di commercio ci presenta questa nozione generale del contratto di assicurazione: « L'assicurazione è il contratto con cui l'assicuratore si obbliga, mediante un premio, a risarcire le per-

(1) V. Tartufari, *Del possesso qual titolo di diritti*, Vol. II, numeri 761 e 762; Torino, 1878.

dite o i danni che possono derivare all'assicurato da determinati casi fortuiti o di forza maggiore, ovvero a pagare una somma di danaro secondo la durata o gli eventi della vita di una o più persone.» Ora, in forza dell'art. 1951 del Codice civile, è appunto la somma dovuta per risarcire il danno occasionato dalla perdita o dal deterioramento della cosa soggetta a privilegio od ipoteca, che è vincolata al pagamento dei crediti privilegiati od ipotecari.

Secondo caso. — In rapporto alle somme dovute per causa di spropriazione forzata per pubblica utilità. L'art. 438 del Codice, dopo di avere enunciato il principio, che nessuno può essere costretto a cedere la sua proprietà od a permettere che altri ne faccia uso, se non per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata, soggiunge immediatamente: *premesso il pagamento di una giusta indennità.* Questa indennità è vincolata al pagamento dei creditori privilegiati od ipotecari.

Terzo caso. — In rapporto alle somme dovute per causa di servitù imposta dalla legge. Nella più parte delle servitù legali si riconosce nel proprietario del predio servente il diritto di essere risarcito del danno che a lui deriva dall'imposizione della servitù. Questa indennità, stabilita in ossequio al principio dei *temperamenti* dei dominî, è pur vincolata al pagamento dei creditori privilegiati od ipotecari. La somma dovuta per la imposizione della servitù rappresenta la diminuzione di valore che, a causa della servitù medesima, ha subìto il predio soggetto al privilegio od all'ipoteca.

Il Pisanelli, nella *Relazione ministeriale*, così dava ragione degli ordinamenti contenuti nell'art. 1951 del Codice: « L'ipoteca, come il privilegio, non colpisce soltanto l'immobile coi suoi accessorî reputati immobili, ma secondo il Progetto colpisce ancora le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento dell'immobile assicurato, e quelle dovute per causa di espropriazione forzata per pubblica utilità, o per causa di una servitù costituita in forza della legge. Non poteva esservi dubbio quanto alle somme dovute nel caso di spropriazione per causa di pubblica utilità: esso è affatto analogo a quello della spropriazione forzata sull'istanza dei creditori, ed è perciò manifesto che il prezzo della cosa spropriata rappresenta pei creditori la cosa stessa. L'assicurazione degli immobili, special-

mente contro gl'incendi, è ora divenuta una precauzione così ordinaria, che i creditori, nel munirsi di una ipoteca a cautela del loro diritto, tengono altresì conto della maggior garanzia che loro presenta in caso di disastro l'assicurazione dell'immobile. Parve pertanto consentaneo al sistema, che il vincolo ipotecario si trasporti sulle somme dovute dagli assicuratori, come quelle che rappresentano il valore dell'immobile distrutto o deteriorato. Per non intralciare soverchiamente le operazioni delle casse di assicurazione, fu stabilito che esse possono liberamente pagare il premio decorsi trenta giorni dal disastro, sempreché non vi sia stata opposizione nel detto termine o prima del pagamento. Cessa naturalmente il vincolo sulle ridette somme, quando le medesime vengono impiegate a riparare la perdita o il deterioramento; ritornando ad esistere qual'era la cosa sottoposta al privilegio o all'ipoteca, le somme che la rappresentano si trovano nuovamente identificate con essa. La regola precedentemente accennata si applica altresì, per analogia, alle somme dovute per indennità della costituzione di una servitù coattiva legale sull'immobile ipotecato, come avviene in determinate circostanze per la servitù di passaggio, di acquedotto e simili. Anche in tal caso avviene una spropriazione forzata, che se non priva il proprietario di tutto o di parte dell'immobile, ne diminuisce la libertà e così il suo valore. L'indennità dovuta da chi profitta della servitù, deve rappresentare ai creditori privilegiati od ipotecari quella parte di valore che già forniva loro una maggior garanzia. »

Nel seno della Commissione Coordinatrice, il Precerutti ed il Chiesi oppugnarono vivamente la disposizione racchiusa nell'articolo 1977 del Progetto ministeriale, rispondente all'articolo 1951 del Codice, nella parte che dichiarava vincolate al pagamento dei crediti privilegiati od ipotecari le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento. Si può forse dire rigorosamente conforme a giustizia che i creditori privilegiati od ipotecari dell'assicurato, i quali sono affatto estranei all'assicurazione, e avevano fatto nulla per premunirsi contro il pericolo, in vista del quale essa aveva avuto luogo, siano preferiti sulle somme dovute dagli assicuratori? Il contratto coll'assicuratore è forse conseguenza del privilegio o della ipoteca? E, nella pratica, quale conseguenza produrrà il sistema del Co-

dice italiano? Come si farà constare che le somme pagate dagli assicuratori siano o non siano state impiegate a riparare la perdita o il deterioramento? Come si potrà stabilire che quanto rimarrà della cosa vincolata dopo il disastro, sia o non sia sufficiente per garantire i creditori? Inoltre, chi non vede come, dichiarandosi che gli assicuratori però sono liberati, qualora paghino dopo trenta giorni dalla perdita o dal deterioramento senza che siasi fatta opposizione, aspetteranno sempre oltre i trenta giorni a pagare le somme da loro dovute all'assicurato, cui potrà tornare fatale il ritardo a ridurre in pristino stato la cosa sua? Distrutta la cosa ipotecata o soggetta al privilegio, il privilegio e la ipoteca svaniscono. Il credito verso l'assicuratore non era vincolato a vantaggio dei creditori.

Ma la Commissione non fece buon viso alla cancellazione di tale disposizione, sulle osservazioni del Niutta, che il prezzo pagato dall'assicuratore tien luogo, in definitiva, della cosa stessa vincolata a sicurezza dei creditori. Sarebbe egli giusto che costoro i quali hanno acquistato su quella cosa un diritto certo e positivo, sol perchè essa è distrutta, siano privati di ogni mezzo per venir soddisfatti, mentre il debitore si prende tutta la somma pagata dall'assicuratore? In che altro si traduce la ragione d'ipoteca competente al creditore, se non nel diritto di far vendere la cosa ipotecata per pagarsi? Ora, quale havvi mai differenza tra il caso in cui il danaro si ottiene per mezzo della espropriazione, e quello in cui si ottiene per altra via? Nè gli assicuratori sono posti in imbarazzo dal momento che la legge li dichiara liberati se paghino dopo trenta giorni dalla perdita o dal deterioramento senza che siasi fatta opposizione. Ciò toglie anzi ogni difficoltà che potesse verificarsi in pratica. Il Niutta conchiudeva col notare, che la disposizione consacrata dal Progetto ministeriale era stata accolta con favore dalle Corti francesi, non ostante il silenzio del Codice Napoleone (1).

Scrittori e giurisprudenza ritengono concordemente, che, nell'art. 1951 del Codice italiano, si applica il principio della *surrogazione reale*. Osserva in proposito il Pacifici-Mazzoni: « La principale e più importante regola comune ai privilegi e alle ipoteche riguarda la surrogazione del prezzo alla cosa,

(1) Verb. num. 40 della Commissione Coordinatrice.

sia come premio di assicurazione di questa, sia come indennità di spropriazione per causa di pubblica utilità o d'imposizione di servitù legale. Entrambe queste surrogazioni in giudizio particolare, contro il principio comune che la surrogazione del prezzo alla cosa ha luogo solamente nei giudizi universali, hanno evidente ragione di equità (1). » Nella rassegna di alcuni pronunziati della giurisprudenza e delle opinioni dottrinali, in rapporto all'articolo 1951, che di qui a poco faremo, è frequente il richiamo di tale concetto, che nel mentovato articolo del Codice si applica il principio della surrogazione reale. Ma noi crediamo che, in questo articolo del Codice italiano, si debba ravvisare un istituto speciale, da non confondersi con quello che, nel linguaggio dottrinale, si chiama *surrogazione reale*, e che ha luogo soltanto nelle universalità di diritto, non già nelle cose singolari: *in universalibus*, non *in particularibus*. La surrogazione reale spiccatamente si ravvisa negli art. 39 e 933 del Codice. L'assente e l'erede vero, invece dei beni alienati, si debbono contentare del prezzo dei medesimi: *pretium succedit loco rei*. La surrogazione reale si avvera indubbiamente in questi due casi, imperciocchè il prezzo tien luogo della cosa, cui si aveva diritto. Ma il diritto del creditore ipotecario non è quello di avere la cosa su cui grava la ipoteca, è quello invece di essere preferito nell'attribuzione del prezzo ricavato dalla vendita dell'immobile, nel caso che il debitore non assolva l'obbligazione, non paghi il debito. E dicasi lo stesso del diritto che compete al creditore privilegiato. Di qui si trae che, nella ipotesi governata dall'art. 1951, non si può affermare che *pretium succedit loco rei*, che vi sia surrogazione reale. Del resto, la determinazione scientifica dell'istituto non esercita alcuna influenza nell'applicazione pratica delle disposizioni racchiuse nell'articolo del Codice; ecco perchè noi non stimiamo opportuno d'insistere ulteriormente nel dimostrare l'assunto dianzi enunciato. Crediamo, invece, miglior consiglio quello di richiamare alcune eleganti quistioni che, in rapporto all'art. 1951, si sono agitate nel campo della dottrina ed in quello della giurisprudenza.

PRIMA QUISTIONE. — Statuisce il Codice che, se le cose

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 16.

soggette a privilegio od ipoteca sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati od ipotecari secondo il loro grado, *eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento*. Ma, che deve decidersi quando la cosa distrutta o deteriorata è stata riedificata o riparata *con danaro che non è quello degli assicuratori?* In tal caso, le somme dovute da costoro restano ancora vincolate al pagamento dei crediti privilegiati od ipotecari? La Corte di appello di Torino, con sentenza dei 13 marzo 1874, ha ritenuto che le somme restano vincolate a tale pagamento. Il Pochintesta approva tale decisione. Egli osserva che, a termini dell'art. 1951, le somme dovute dagli assicuratori sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati od ipotecari, *eccetto che* le medesime vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento. La quale disposizione significa chiaramente, che sempre quando le dette somme non sono impiegate a riparare la perdita o il deterioramento, e a ricostituire, per dir così, la garantìa che i creditori avevano sulla cosa soggetta a privilegio od ipoteca, la detta garantìa si trasporta sulle somme stesse, in applicazione della regola *pretium succedit in locum rei,* comunque, con danaro di altra provenienza, la cosa distrutta sia stata riedificata o riparata (1). Ma noi crediamo che si debba accettare l'opposta sentenza. Riedificata o riparata la cosa soggetta a privilegio od ipoteca, il diritto dei creditori si trova pienamente garantito. Ben è vero, che la *lettera* della legge accenna specialmente alla ipotesi, che la riparazione della perdita o del deterioramento siasi compiuta colle somme degli assicuratori. Ma, tenuto conto del principio ermeneutico sancito nell'art. 3 delle Disposizioni preliminari, nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla *intenzione del legislatore*. Ora, il legislatore, con i provvidi ordinamenti dell'art. 1951, si è proposto di garantire il diritto dei creditori privilegiati od ipotecari, ma non ha voluto, peggiorando la condizione del

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, Cap. I, num. 8. La sentenza della Corte di Torino è richiamata dallo stesso scrittore.

debitore, dare ai medesimi una garantìa maggiore di quella che ad essi spettava prima della perdita o del deterioramento. A garantìa del mio credito vi è un'ipoteca sopra un edifizio di tre piani. L'edifizio perisce, ma il debitore, con danaro che non è quello degli assicuratori, ripara alla perdita del medesimo; di guisa che il pagamento del mio credito si trova assicurato allo stesso modo com' era prima. Con qual diritto posso pretendere il vincolo, a mio favore, delle somme dovute dagli assicuratori? La intenzione dell'autore della legge non si oppone forse alla mia pretesa? Ripetiamo, che la *lettera* della legge conforta l' interpretazione da noi respinta; ma non ci sembra ottimo consiglio quello di seguire rigorosamente il significato grammaticale delle parole, quando esso non si può mettere in armonia colla *mens legis,* e, diciamolo pure, coi dettami più incontroversi del Diritto razionale.

Seconda quistione. — L'art. 1951 del Codice civile è applicabile alle assicurazioni marittime? Il Cabella strenuamente ha propugnata la negativa (1). Invece l' affermativa trovasi accolta in una sentenza della Cassazione di Torino, dei 23 dicembre 1873, ed in parecchie sentenze della Corte di appello di Genova (6 aprile 1877, 6 agosto 1880, 15 febbraio 1881). Questa teoria meritava il suffragio del Vidari.

Che si oppone, osservava il Vidari, all'applicabilità dell'articolo 1951 del Codice civile alle assicurazioni marittime? Si dice che sarebbe grave errore prendere come regola l' aforisma *pretium stat loco rei;* il quale è invece una eccezione che solo in determinati casi si fa alla regola contraria, secondo la quale *neque res in locum pretii neque pretium in locum rei succedit* (Voet, *Ad Pand.* tit. *de rerum divis.* numero 16). E noi rispondiamo, che la obbiezione sollevata non ha ragione di essere; perchè qui non si tratta già di vedere se il prezzo possa tener luogo della cosa o questa di quello; ma di applicare puramente e semplicemente una disposizione chiarissima del Codice civile. Sieno o non sieno codesti aforismi conformi alle rigorose norme del diritto, la legge dice che i creditori privilegiati od ipotecarii hanno diritto di pagarsi sullo

(1) V. Cabella, *L'art. 1951 del Cod. civ. è applicabile alle somme dovute per causa di assicurazioni marittime*? Nell'*Archivio giuridico*, Vol. XXVI, anno 1881.

somme dovute dagli assicuratori per indennità del sinistro toccato alla cosa sopra cui si radicava il privilegio o l'ipoteca, e tanto basta per l'interprete. Ma è poi, davvero, un errore il credere che i prezzi rappresentino le cose? Anzi, le odierne evoluzioni economiche non conducono, appunto, necessariamente, inesorabilmente, a codesta reciproca rappresentanza delle cose e dei prezzi, a codesta equazione economica? È un gran danno che i giuristi vogliano tenersi irremovibili a certe formole trovate molti secoli addietro, e che, se mai rispondevano alle dottrine economiche di quei tempi, certo non rispondono più a quelle di oggidì. I giuristi, se veramente intendono il loro ufficio, devono accettare le novelle verità economiche, e su queste conformare le loro dottrine; in caso contrario parleranno sempre un linguaggio che sarà inteso soltanto dagli iniziati, ma non dalla gran maggioranza di coloro che pigliano le cose per quello che sono, e pensano, parlano e scrivono in conformità ad esse. Oggi prezzi e cose non sono che valori, ed i valori comprendono in sè gli uni e le altre. Adunque, chi vorrà negare che l'indennità dovuta dall'assicuratore non rappresenti appunto il valore della cosa assicurata e colpita da sinistro (1)?

Dopo la promulgazione del vigente Codice di commercio, il Supremo Collegio di Torino e la Corte di Genova hanno ripudiata la teoria precedentemente seguìta: hanno, invece, reso omaggio al principio, che il privilegio sulla nave non si trasferisce, in caso di sinistro, sulle somme dovute dagli assicuratori. A conforto di questa opinione la Cassazione di Torino osservava: Nelle disposizioni del Codice di commercio, le quali esauriscono la materia del privilegio navale, nulla contenendosi che alluda alla surroga della somma ipotecata al prezzo, vien meno l'opportunità del ragionamento analogico per introdurvela; non è consentito di creare un'aggiunta che ripugna ai canoni d'interpretazione delle leggi. Tratterebbesi di estendere a materia diversa un *jus novum*, quale è per certo la disposizione dell'art. 1951 Co-

(1) V. Vidari, *Se l'art. 1951 del Codice civile sia applicabile alle assicurazioni marittime;* nel *Giornale delle leggi*, anno XII, num. 27. Le sentenze da noi ricordate della Cassazione di Torino e della Corte di Genova sono richiamate dal Vidari nella citata monografia.

dice civile. Essa, infatti, è contraria al principio generale, secondo cui il privilegio (eccezione alla presunzione di libertà ed alla regola che i beni del debitore sono la garantìa comune dei suoi creditori, e che tutti vi hanno un eguale diritto) affetta la cosa, persegue la cosa, e colla cosa si estingue, nè propagasi fuori della medesima. Ed anzi la propugnata estensione non potrebbe conciliarsi con alcune disposizioni del Codice di commercio, quali sarebbero la presunzione dell'abbandono desunta dalla mancanza di notizie di una nave che poi ritorna, la limitazione della responsabilità del proprietario per gli obblighi del capitano all'abbandono della sola nave e del nolo. Nel primo dei quali casi, aggiunse la Corte, applicandolo anche alla somma assicurata, ne verrebbe la duplicazione dell'oggetto su cui il privilegio si attua; nel secondo, che lo si avrebbe esteso fuori dei due enti, ai quali una positiva disposizione lo vuole ristretto. Se, sull'applicazione alle cose commerciali dell'art. 1951 Codice civile era muto il Codice di commercio del 1865, il movimento legislativo per la formazione del Codice vigente viene a conforto di quanto si è precedentemente considerato, per escludere che il privilegio del creditore navale sia estensibile alla somma per la quale venne assicurata la nave. La Commissione all'uopo creata lo proponeva, e ne aveva anche formolate le aggiunte (tornata 20 dicembre 1871, 26 gennaio 1872). Ma sta di fatto, senza che sia del caso ricercarne i motivi, che nel progetto definitivo non vennero accolte. Adunque il rimaneggiamento della legge commerciale del 1865, coeva all'attivazione del Codice civile, concorre a persuadere che se quella taceva sull'applicabilità dell'art. 1951 di quest'ultimo, il nuovo Codice di commercio rivela a chiare note la mente del legislatore di mantenere la sua esclusione, se, richiamato dagli studi precorsi a ricondurvela, non lo fece (1).

Terza quistione. — Statuisce il Codice civile, nell'articolo 2011, che il creditore avente ipoteca sopra uno o più

---

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 7 febbraio 1884; nel *Foro italiano*, anno 1885, parte I, pag. 311.—Corte di appello di Genova; sentenza dei 7 marzo 1884; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1884, parte II, pag. 331. V. pure una sentenza della stessa Corte di Genova, dei 10 aprile 1891; nella *Temi genovese*, anno 1891, pagina 190.

immobili, qualora si trovi perdente per essersi sul prezzo dei medesimi soddisfatto un creditore anteriore, la cui ipoteca si estendeva ad altri beni, s'intende surrogato nell'ipoteca che apparteneva al creditore soddisfatto, e può far eseguire la relativa annotazione, all'effetto di esercitare l'azione ipotecaria sopra gli stessi beni e di esser preferito ai creditori posteriori alla propria iscrizione. Lo stesso diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione. Questa disposizione si applica anche ai creditori perdenti in conseguenza del privilegio competente allo Stato pei tributi diretti e indiretti. Ciò premesso, in applicazione del riferito art. 2011, il creditore perdente è surrogato al creditore soddisfatto anche nei diritti che questi aveva in forza dell'art. 1951?

La Corte di appello di Brescia decise affermativamente. A conforto dell'opposta tesi, si faceva ricorso a due argomenti. Si diceva, in primo luogo, che l'indennità sborsata dalla compagnia assicuratrice, giusta l'art. 1951, rappresenta un credito originariamente mobiliare, ed è essa stessa un bene non capace d'ipoteca. Si diceva, in secondo luogo, che la disposizione dell'art. 1951 è nell'interesse del solo creditore che ha privilegi o ipoteche sull'immobile assicurato, poi perito o deteriorato; dimodochè estenderla al creditore surrogato, importa estendere una disposizione eccezionale a favore di persona non contemplata, e ciò contrariamente alla regola sancita nell'art. 4 delle Disposizioni preliminari. Ma la Corte di Brescia rispose egregiamente a tali obiezioni. Al principio di rigoroso diritto, che alla cosa non succede il prezzo o il suo valore, le moderne leggi hanno fatto parecchie eccezioni: 1.° In tema di vendita forzata contro il debitore; 2.° In tema di espropriazione per utilità pubblica; 3.° In tema di perdita o deterioramento dell'immobile vincolato da privilegio o da ipoteca; 4.° In tema di servitù imposta dalla legge. Ora, se la indennità dovuta dall'assicuratore è il surrogato della cosa perita o deteriorata, come fu anche dichiarato dalla maggioranza della Commissione di coordinamento del Codice, allorchè respinse la proposta di sopprimere l'art. 1951, non si può sostenere che, solo perchè il contratto di assicurazione produce un'azione personale e mobiliare dell'assicurato verso l'assicuratore, perchè l'indennità ch'è dovuta in danaro è cosa mobile, non si abbia, rispetto ai creditori privilegiati e ipotecari, a considerarla come se fosse la cosa immobile perita

o deteriorata che rappresenta, e non possano quindi detti creditori esercitarvi le loro ragioni, come si esercitano dal creditore ipotecario o privilegiato, sul prezzo della cosa venduta ed espropriata al debitore. È inutile, a confermare la natura mobiliare dell'indennità in questione, l'osservare che, per ottenerla vincolata a suo favore, deve il creditore privilegiato o ipotecario fare all'assicuratore opposizione al pagamento entro trenta giorni dalla perdita o dal deterioramento. Il detto creditore ottiene *ope legis* vincolata l'indennità; l'opposizione entro il suddetto termine è il mezzo per assicurare quel vincolo, impedendo che l'indennità sia pagata al debitore assicurato; e la decorrenza dei trenta giorni non é estintiva del vincolo; solo fa cessare il divieto all'assicuratore di pagare all'assicurato; ma se, decorsi i trenta giorni senza opposizione, pur nonostante l'assicuratore non paga, l'indennità rimane sempre vincolata al creditore, e quegli non può validamente pagarla, se poi l'opposizione gli venga intimata. Quanto poi alla pretesa violazione dell'art. 4 delle Disposizioni preliminari, convien notare che la surroga nei diritti del creditore soddisfatto sopra altri beni non è la concessione di una nuova ipoteca a favore del creditore perdente, la quale non potrebbe sussistere sull'indennità in parola, che rispetto a esso venditore è cosa mobile non suscettiva d'ipoteca; ma è la sostituzione del creditore posteriore, nell'ipoteca dell'anteriore, con l'anteriorità per altro dell'ipoteca vinta, come se quest'ultimo (il creditore anteriore) fosse stato pagato dal primo (il creditore posteriore), con danaro suo proprio (1).

Una Legge speciale emanata in Francia il 19 febbraio 1889 riproduceva la principale disposizione racchiusa nell'articolo 1951 del Codice italiano. Statuisce l'articolo secondo della suddetta Legge: « Les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. Néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables. » Il Baudry-Lacantinerie osserva che tale disposizione deve giudicarsi eccellente. E, veramente, non è giusto che la in-

(1) Corte di appello di Brescia; sentenza dei 31 ottobre 1887; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1887, parte III, pag. 402.

dennità, la quale rappresenta nel patrimonio del debitore la cosa perita, sia impiegata in primo luogo a soddisfare i creditori che avevano un diritto di preferenza su questa cosa? « Autrement le sinistre profiterait aux autres créanciers du débiteur, qui viendraient sur l'indemnité au marc le franc avec les créanciers privilégiés ou hypothécaires, alors qu'ils seraient primés par ceux-ci sur le prix de la chose, si elle existait encore dans le patrimoine du débiteur. » Adunque non è giusto che la perdita della cosa sia causa di un vantaggio indebito per gli altri creditori, vale a dire pei creditori diversi da quelli che aveano sulla cosa una guarentigia speciale (1).

169. Dei privilegi.

Bibliografia. — 1.° Brückneri, *De tacito pignore locatoris in rebus conductis illatis* (Jenae, 1704); — 2.° Buxtorff, *De officiis erga mortuos ratione sepulturae atque famae* (Basil. 1727); — 3.° Rivini, *De hypotheca tacita locatori praedii urbani in illatis, et rustici in fructibus, jure civili competente* (Lipsiae, 1731); — 4.° Golberg, *De invectorum et in praedium rusticum illatorum hypotheca tacita* (Argentorati, 1749); — 5.° Breuningii, *Utrum locatori an sublocatori competat hypotheca tacita in illatis bonis subconductoris* (Lipsiae, 1771); — 6.° Geisleri, *De hypotheca tacita domini ex causa canonis emphyteutici* (Erlang. 1773); — 7.° Metman, *Du privilège du locateur* (Dijon, 1868); — 8.° Levi, *Il privilegio del locatore; articolo 1958, num. 3.°, Codice civile italiano* (nell'*Archivio giuridico*, Vol. XX, anno 1878); — 9.° Du Boys, *Des privilèges et hypothèques accordés à l'Etat, aux communes et aux établissements publics sur les biens de leurs comptables* (Paris, 1883); — 10.° Cafaro, *Delle azioni competenti al locatore contro la persona e sui mobili del subinquilino* (nel *Filangieri*, ottobre e novembre, 1883); — 11.° Bonelli, *Del privilegio dello Stato per tributo fondiario* (nel *Foro italiano*, anno 1885, parte I, pag. 706 e seg.); — 12.° Balleydier, *Des privilèges sur les créances et de leurs effets* (nella *Revue critique de législation et de jurisprudence*, giugno 1886); — 13.° Gargiulo, *Il pignoramento dei mobili dell' inquilino e del sub-inqui-*

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 1062 *bis*; Paris, 1892.

lino, e il diritto di pegno del locatore (V. *Dritto e giurisprudenza,* anno I, pag. 121 e seg.); — 14.° Luzzati, *Dei privilegi agrari secondo la Legge 23 gennaio 1887 e successive sul credito agrario* (Torino, 1888); — 15.° Varcasia, *I privilegi dello Stato per tributo fondiario* (nell' *Annuario critico di giurisprudenza*, anno 1890, pag. 167 e seg.);—16.° Mirabelli, *Della locazione rispetto ai terzi, e del privilegio dei fitti e delle pigioni anche in relazione degli altri privilegi* (Napoli, 1892);—17.° Losana, *Studi sull'articolo 1962 Codice civile* (nel *Rolandino,* anno 1892, pag. 161 e seg.); — 18.° Bianchi (E.), *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale* (Napoli, 1894);—19.° Martini, *Del credito agrario e dei privilegi agrari* (Firenze, 1895); — 20.° Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée* (Paris, 1895).

All'esame dommatico degli articoli del Codice giova premettere un cenno storico, brevissimo, circa l'ordinamento dei privilegi nel Diritto antico. I Romani distinguevano i *privilegi di causa* dai *privilegi di persona.* « Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae. » (L. 196, D. *de div. reg. juris*). Ad esempio, il privilegio del fisco ritenevasi *privilegio di persona;* il privilegio per le spese funebri annoveravasi tra i *privilegi di causa.* Ma vuolsi notare che, per Diritto romano, tutti i privilegi, sì quelli stabiliti per ragione della causa, sì quelli ammessi per ragione della persona, erano tutti *personali;* in questo senso, ch' essi davano luogo all' azione personale, e non già all'azione reale, semprechè il privilegio non era suffulto dalla guarentigia del pegno, espressamente stipulata. Siccome personale, il diritto che nasceva dal privilegio era posposto all'ipoteca. Riferiamo le parole del sommo Cuiacio: « Eos (*i creditori privilegiati*) excludunt hypotecarii creditores optima ratione, quia habent hypothecariam actionem quae est actio in rem, in quam plus cautionis est quam in personam (1). » Il creditore privilegiato non aveva la preferenza se non sopra i creditori chirografari. « Eos, qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus competunt, praeferri constat. » (L. 9, Cod. *qui potiores in pignore habeantur*). La

(1) V. Cuiacio, *Recitationes solemnes,* ad L. 7 Cod. *qui potiores in pignore* (Vol. IX, col. 1208 dell'ediz. napoletana del 1758).

sola eccezione alla regola era quella stabilita in rapporto al privilegio per le spese funebri; il credito che nasceva dalle medesime era preferito ai crediti ipotecari (1). Ed ora passiamo ad esporre i principî fondamentali statuiti dal Codice in tema di privilegi.

Il privilegio è un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del credito (art. 1952). Il Laurent censura i compilatori del Codice francese per avere adoperata *hoc sensu* la voce privilegio. « Le mot *privilège* exprime mal la cause de la préférence que la loi y attache. Les privilèges du droit civil n'ont rien de commun avec les privilèges politiques (2). » Noi siamo di accordo col Laurent nell'osservare, che la voce *privilegio,* nel suo proprio significato, esprime un concetto politico, designa cioè la preferenza concessa ad una persona, chiamata al godimento di alcuni diritti negati ad altre persone; così, nelle età passate, l'aristocrazia formava una classe privilegiata, imperciocchè godeva di diritti negati agli altri cittadini. Il Sabelli così definisce il privilegio: « Privilegium est jus singulare, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem constitutum est, et dicitur quasi privata lex (3). » Ed il Ferraris: « Privilegium dici solet lex privata, contra vel praeter Jus aliquid concedens (4). » Invece, in tema di privilegi riguardati come causa di prelazione nel concorso di più creditori, ogni cittadino, o, meglio, ogni persona (senza distinguere tra il *civis* e il *peregrinus*) può giovarsene, semprechè concorrano i requisiti di fatto voluti dalla legge. Ma, pur essendo di accordo col Laurent su questo punto, non vogliamo dare biasmo e mala voce ai redattori del Codice francese e del Codice italiano per avere, in questa materia del concorso dei creditori, attribuito un significato speciale alla voce *privilegio*. Questo significato speciale era sancito dalla tradizione giuridica; e l'autore della legge, per quanto è possibile, deve tener conto di questa tradizione nella designazione degli istituti ch'è chia-

(1) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques,* num. 18 e 19.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIX, num. 304.

(3) V. Sabelli, *Summa diversorum tractatuum,* verb. *Privilegium*, num. 1; Parmae, 1733.

(4) V. Ferraris, *Bibliotheca canonica*, Vol. VI, verb. *Privilegium* num. 1; Neapoli, 1854.

mato a governare. Non è cosa nuova, nel campo del Diritto civile, che si dà ad alcune espressioni un significato più largo o più ristretto, e talvolta diverso da quello che hanno nel linguaggio comune. Lo stesso Laurent, e lo abbiamo notato in sede opportuna, non ha forse censurato i compilatori del Codice francese per essersi astenuti dal qualificare *servitù personali* l' usufrutto, l' uso e l'abitazione? Potevasi mantenere una espressione usitata da secoli, dice il giureconsulto belga. Eppure, non è forse vero che la voce *servitù,* nel linguaggio comune, ha un significato diverso da quello in cui è presa dai giuristi, trattandosi di modificazioni della proprietà?

Il privilegio è un *diritto di prelazione;* è detto espressamente dal Codice. Ma costituisce un *diritto reale?* Indubbiamente i privilegi sugli immobili, e il privilegio che promana dal pegno, si debbono ritenere diritti reali. Ma noi vogliamo determinare, se la natura di diritti reali si debba riconoscere riguardo a *tutti* i privilegi, e riguardo ai privilegi sopra gli immobili, e riguardo ai privilegi sopra i mobili. Il Pacifici-Mazzoni non dubita che « il privilegio, ad eccezione di quello di pegno, debba definirsi per un diritto reale che la legge accorda sui beni del debitore in riguardo alla causa del credito, per assicurare sopra i medesimi la soddisfazione di questo credito. » La eccezione pel privilegio nascente dal pegno è diretta, non a disconoscere la natura reale del privilegio, ma soltanto ad affermare il concetto ch' esso non si fonda sul favore della causa. Il privilegio, osserva il Pacifici-Mazzoni, non è certamente un diritto di obbligazione avverso la persona del debitore: non può quindi essere che un diritto reale, poichè non esiste una terza specie di diritto patrimoniale. Nè faccia difficoltà che non ogni diritto di privilegio si possa sempre esercitare contro i terzi possessori delle cose mobili che vi sono soggette; perciocchè la carenza dell'azione reale contro i medesimi è una conseguenza del principio, che riguardo ai mobili il possesso vale titolo a favore dei terzi di buona fede, e non già di un carattere particolare del diritto di privilegio; in questo senso è esatto il dire, che il privilegio sopra i mobili conferisce un diritto di preferenza personale, che cioè non può farsi valere sulla cosa se non permanenti determinate relazioni fra persona e cosa. V'ha poi il privilegio dell'art. 1958, num. 1.°, che segue la cosa anche presso il terzo possessore. Del resto niuno ha du-

bitato mai che non sia diritto reale il privilegio sopra gli immobili. Or questo privilegio non è affatto dissimile dal privilegio sopra i mobili, anzi gli è identico; e per certo la natura dell'obbietto non determina la natura del diritto (1). Noi non accettiamo la teoria, che il privilegio, in generale, costituisca un diritto reale. È della *essenza* del diritto reale, ch' esso si può far valere *adversus omnes*. Ora quando, in rapporto a molti privilegi, si trova che tale principio non si può applicare, questi privilegi, per necessità, non costituiscono diritti reali; essi ci presentano una figura giuridica speciale. L' interprete non deve snaturare gl' istituti accolti dalla legge, per rannodarli a determinate categorie scientifiche. In tema di diritto positivo, la costruzione dottrinale si deve fare sulle norme statuite dal legislatore, ed è strano che si pretenda coartare il sistema legislativo perchè risponda alle classificazioni scientifiche. Il privilegio, in generale, come lo ha creato l'autore della legge, non può qualificarsi nè come un diritto personale, nè come un diritto reale; adunque, ecco ciò che deve affermare l'interprete, il privilegio è un istituto *sui generis,* che partecipa dell' uno e dell' altro diritto. Seguendo un indirizzo diverso nella interpretazione della legge, non si fa altro che calcare le orme di don Ferrante dei *Promessi sposi* (crediamo di aver fatto altrove ricorso a questo paragone, ma ora vogliamo ripeterlo), che non potendo annoverare il contagio nè tra le *sostanze,* nè tra gli *accidenti,* i due generi di cose esistenti *in rerum natura*, conchiudeva che il contagio era una chimera. Oltre i diritti reali e i diritti personali, le *sostanze* e gli *accidenti* dei diritti patrimoniali, il legislatore avea benissimo la facoltà di creare dei diritti speciali, governati da regole speciali: e questo ha fatto appunto in tema di privilegi. Il Pacifici-Mazzoni riconosce espressamente, che vi sono dei privilegi i quali non si possono sempre esercitare contro i terzi possessori; in altre parole, vi sono dei privilegi che mancano di quella condizione la quale forma l' *elemento essenziale* del diritto reale, di quella condizione che, principalmente, distingue il *jus in re* dall' *jus ad rem;* ed allora, ripetiamo, come si può definire il privilegio, in generale, come un diritto reale? Se

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 10 e 13.

veramente fosse un diritto reale, non lo avrebbe dichiarato il legislatore, come lo ha dichiarato in rapporto all'ipoteca?

Giusta l'articolo 1952, il privilegio è un diritto di prelazione che la legge accorda *in riguardo alla causa del credito*. Il Codice si esprime con molta precisione. È appunto sulla *causa* del credito che riposa il diritto di prelazione in tema di privilegi. Sol perchè alcune spese hanno la qualità di spese funebri, di spese di giustizia fatte per atti conservativi o di esecuzione nell'interesse comune dei creditori ecc. sono esse privilegiate. Dobbiamo richiamare l'osservazione fatta superiormente, che il privilegio fondato sul possesso della cosa pignorata, privilegio di cui è parola nel num. 6.° dell'art. 1958, è indipendente dalla qualità particolare del credito (1). Anzi attesta l'esperienza, che di regola la guarentigia del pegno è richiesta dai volgari feneratori, da coloro che abusano dei bisogni della classe indigente. Beninteso, dalla regola fa d'uopo escludere i prestiti su pegno che si fanno presso i pubblici Istituti, che furono autorizzati a compiere tali prestiti appunto per venire in soccorso del misero *cui abest signata pecunia,* mentre *illum interea tempora saeva premunt,* come si legge in una elegante iscrizione presso il *Banco della Pietà* in Napoli.

Il credito privilegiato è preferito a tutti gli altri crediti anche ipotecari (art. 1953). Il Precerutti, nel seno della Commissione Coordinatrice, propose di sopprimere tale disposizione. Non è vero, egli disse, che il credito privilegiato sia sempre preferito a tutti gli altri crediti anche ipotecari. È prova del contrario, osservò il Precerutti, quanto prescrive l'art. 1989 del Progetto (corrispondente all'art. 1963 del Codice), in cui si dà la preferenza a crediti privilegiati soltanto sopra crediti chirografari, non sopra crediti ipotecari. La Commissione non accolse la proposta, per le considerazioni esposte dal Chiesi, che l'art. 1963 del Codice non stabilisce propriamente un privilegio, ma introduce qualche cosa di simile all'azione privilegiata romana, per la quale si aveva diritto di essere preferiti sul prezzo ai creditori chirografari; e che il credito privilegiato del fisco sopra gli immobili è indubbiamente preferito ai crediti anche ipotecari (2).

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 256.
(2) Verb. num. 40 della Commissione Coordinatrice

Avuto riguardo ai principî accolti dal Codice italiano, si debbono riconoscere quattro differenze tra i privilegi e le ipoteche; le due cause legittime di prelazione enunciate nell'art. 1950.

1) *Genesi del diritto di prelazione.* — Lo stabilimento dei privilegi promana soltanto dall' autorità della legge; il privilegio è un diritto di prelazione che *la legge accorda* in riguardo alla causa del credito (art. 1952). In tema di privilegi interviene la volontà dell' uomo solo per creare quel determinato rapporto giuridico, in favore del quale la legge concede il privilegio. Invece le fonti dell'ipoteca sono tre: la legge, la sentenza, la volontà delle parti. Donde derivano le tre specie d'ipoteca riconosciute dal Codice: *legale, giudiziale* e *convenzionale* (art. 1968).

2) *Oggetto del diritto di prelazione.* — L'ipoteca può gravare soltanto un immobile o un diritto immobiliare (art. 1967). Invece il privilegio può colpire tanto i beni mobili che gli immobili del debitore. I privilegi generali sopra i mobili comprendono tutti i beni mobili del debitore; i privilegi speciali sopra i mobili colpiscono determinati mobili (art. 1955). Serbando fede all' ordine del Codice, parleremo, di qui a poco, degli uni e degli altri.

3) *Determinazione della preferenza fra i creditori.* — In tema di ipoteche il tempo della data decide della preferenza; *hypothecae aestimantur ex tempore*. Cuiacio ne assegna la ragione con queste parole: « Prioris temporis hypotheca firmior est, posterior infirmior, quia in id tantum efficax est quo summa pignoris excedit summam prioris sortis (1). » Nel sistema del nostro Codice, il numero d'ordine delle iscrizioni determina il *grado* delle ipoteche (art. 2008). Le ipoteche iscritte allo stesso numero e sugli stessi immobili concorrono tra loro senza distinzione di grado (art. 2009). Invece, fra più crediti privilegiati la prelazione viene dalla legge determinata secondo la qualità del privilegio (cap. dell'art. 1953). Diceva Paolo: « Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa. » (L. 32, D. *de rebus auctoritate judicis possidendis*). Adunque, quando si trovano in collisione più crediti privile-

(1) V. Cuiacio, Paratit. sul Codice *qui potiores in pignore* (Vol. IX, col. 1210 dell'ediz. napoletana del 1758).

giati, sono preferiti, non già i più antichi, ma i più favorevoli al cospetto del legislatore. Così, un privilegio nato ieri può vincere i privilegi più antichi, semprechè la sua causa sia più degna di favore di quella dei privilegi che lo precedono per ordine di tempo (1). I crediti egualmente privilegiati concorrono fra loro in proporzione del loro importare (art. 1954). « Privilegia, diceva Paolo, si ejusdem fuerint tituli, concurrunt, licet diversitas temporis in his fuerit. » (L. 32, D. *Ibidem*). In altre parole, se più privilegi, *quantunque nati in tempi diversi,* hanno una *causa identica,* i creditori che l'invocano, essendo tutti egualmente privilegiati, concorrono fra loro in proporzione dell'ammontare dei rispettivi crediti. Giusta la formola dei Dottori: *res reducitur ad jus commune inter aeque privilegiatos.* Quando s'incontrano due titoli, che hanno lo stesso favore, *mutuo se impediunt et confunduntur.* E, per servirci delle parole di Baldo: « Quando concurrunt duae virtutes paris potentiae, tantum juris habet una ad retinendum, quantum altera ad obtinendum (2). » In quale ordine procedano i crediti non egualmente privilegiati si vedrà tra breve.

4) *Estrinsecazione del diritto di prelazione.* — L'ipoteca (legale, giudiziale e convenzionale) non ha effetto se non è resa pubblica (art. 1965). E si rende pubblica mediante iscrizione nell' uffizio delle ipoteche del luogo in cui si trovano i beni gravati (art. 1981). Invece, i privilegi sono efficaci, indipendentemente dall' osservanza di qualunque formalità. Il Codice francese, trattandosi d'immobili, subordinava l'efficacia del privilegio alla formalità della iscrizione (art. 2106). Ora, tale disposizione è in evidente contraddizione colla natura giuridica del privilegio, che costituisce una causa di prelazione risultante *unicamente* dalla qualità del credito. Notava in proposito Teofilo Huc: « En Italie le droit pratique se trouve mis en parfaite harmonie avec les données abstraites

---

(1) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, sull'art. 2096 del Codice francese.

(2) V. Baldo, ad L. 38, D. *communi dividundo.* — Il card. de Luca, con frase audacemente immaginosa, chiama il concorso di crediti egualmente privilegiati, *conquassatio privilegiorum.* V. De Luca, *De credito et debito,* Disc. XX; Venetiis, 1726.

de la théorie (1). » Questa lode era ben dovuta al nostro legislatore.

Dobbiamo però notare che questo principio, l'esenzione dei privilegi dall'obbligo della iscrizione, non si applica ai *privilegi agrari*, governati dalla Legge sul *Credito agrario*, dei 23 gennaio 1887. Giova richiamare le più importanti disposizioni contenute in questa Legge speciale: A guarentigia dei prestiti concessi ai proprietari o conduttori di fondi rustici, dagli istituti esercenti il credito agrario, può essere costituito un privilegio speciale, sopra i frutti raccolti nell'anno, sopra le derrate che si trovano nelle abitazioni e fabbriche annesse ai fondi rustici, e provenienti dai fondi medesimi, e sopra tutto ciò che serve a coltivare il fondo affittato, od a fornire il fondo medesimo (art. 1). Alla validità ed efficacia del privilegio è necessario: 1.° che esso risulti da un atto scritto; 2.° che abbia acquistato data certa per effetto della registrazione presso l'ufficio del registro, nella cui circoscrizione è posto il fondo. I privilegi sono iscritti gratuitamente sopra un registro speciale dal conservatore delle ipoteche del luogo, nel quale è situato l'immobile di cui fanno parte le cose sottoposte al privilegio e dove queste si trovano. I certificati saranno rilasciati gratuitamente (art. 3). Per tutti gli effetti di cui agli articoli 1958, 1959 e 1960 del Codice civile, il privilegio, costituito a norma della prima parte dell'art. 1 e degli articoli susseguenti, è pareggiato al privilegio concesso al locatore dei fondi rustici dal num. 3 dell'art. 1958 del Codice stesso (art. 4). Il locatore ha diritto di prelazione sull'istituto mutuante, ammenochè non gli abbia ceduto il suo turno. Peraltro il privilegio del locatore, che venga in concorso con quello dell'istituto che ha fatto il prestito agrario, si restringe rispetto ad esso istituto, per il credito dei fitti, a due annate scadute, all'annata corrente e ad un'annata alla fine di questa, se la locazione ha data certa (art. 5). Il privilegio può essere costituito per una durata non maggiore di anni tre. Può essere validamente rinnovato prima della scadenza per un periodo non maggiore di altri anni tre. Per ottenere la rinnovazione si presenta al conservatore delle

---

(1) V. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, Part. III, § 12, II; Paris, 1867.

ipoteche una nota conforme a quella della precedente iscrizione, contenente la dichiarazione che s'intende rinnovare la originaria iscrizione. La rinnovazione è gratuita (art. 9).

Adunque, come si trae dal testo chiarissimo dell'art. 3 della Legge sul *Credito agrario*, l'iscrizione del privilegio sopra un registro speciale del conservatore delle ipoteche deve essere considerata come una formalità indispensabile alla efficacia del diritto di prelazione. Soltanto la iscrizione dà al gius di prelazione la pubblicità che lo rende efficace *adversus omnes;* soltanto la iscrizione dà norma alla graduatoria dei diritti sopra gli oggetti che costituiscono la garantìa di più creditori. E qui ci piace richiamare l'acconcia osservazione del Luzzati, che cioè l'iscrizione del privilegio agrario, quando miri alla tutela di un credito accordato ad un proprietario di beni rustici, si potrà dire costituisca una specie di *pubblicità ipotecaria*. Uno dei suoi effetti *principali* sarà di far pubblica la separazione eventuale dagli immobili di certi beni che dovrebbero, per regola generale, aderire agli immobili stessi, e seguirne le sorti. Quando invece il credito sia accordato ad un conduttore di fondi o ad un mezzadro, l'iscrizione servirà a determinare il grado del privilegio soltanto di fronte ad altri aventi diritto sulla proprietà mobiliare del comune debitore. Il legislatore, nel regolare il requisito della pubblicità, ebbe però in particolare considerazione il primo di questi aspetti della prelazione che può annettersi ai prestiti agrari. A ciò si deve attribuire la mancanza quasi assoluta, nella Legge sul Credito agrario e nel Regolamento diretto alla esecuzione della Legge medesima, di norme relative al modo di procedere alla iscrizione. La menzione che è fatta qua e là, nella Legge e nel Regolamento, di *note* che servono alla iscrizione od alla rinnovazione del privilegio, suppone il riferimento alle norme da cui è regolata nel Codice civile la pubblicità ipotecaria (1).

---

(1) V. Luzzati, *Dei privilegi agrari secondo la Legge 23 gennaio 1887*, num. 183; Torino, 1888.

I.

Dei privilegi sopra i mobili.

I privilegi sopra i mobili sono generali o speciali. I primi comprendono tutti i beni mobili del debitore: i secondi colpiscono determinati mobili (art. 1955). Sulle orme del legislatore parleremo in primo luogo dei privilegi generali, e quindi diremo dei privilegi sopra determinati mobili. In rapporto agli articoli del Codice che dobbiamo esaminare, giova ripetere un' osservazione fatta per qualche altra disposizione precedentemente esaminata. Attesta la esperienza che i suddetti articoli sono applicati con molta frequenza nel campo della vita pratica. Noi quindi ci crediamo obbligati, nell'esame dei medesimi, ad osservare col massimo rigore il precetto che ci siamo imposti nello svolgimento dei diversi istituti del Codice, di astenerci da quelle disquisizioni puramente accademiche e dottrinali, che pure han formato oggetto di più o meno gravi discordanze fra gli scrittori. Certamente non limiteremo il nostro còmpito al richiamo delle quistioni che si sono agitate nel campo della giurisprudenza; non vogliamo e non dobbiamo metterci in contraddizione con ciò che abbiamo dichiarato all'inizio del nostro lavoro. L'esame delle disposizioni del Codice sarà informato ad un criterio scientifico, ma i principî che svilupperemo saranno intimamente collegati alla spiegazione dommatica del testo della legge (1).

---

(1) Il Diritto civile inglese riconosce il *particular lien* e il *general lien;* il primo risponde al privilegio speciale, e il secondo al privilegio generale sui mobili. Ma la corrispondenza è meramente relativa; imperciocchè, in tema di privilegi, allo stesso modo che si avvera per gli altri istituti del diritto civile, vi sono delle differenze notevolissime tra la legislazione inglese e quella imperante negli altri paesi. V. Lehr, *Éléments de droit civil anglais,* num. 562; Paris, 1885.

A.

Dei privilegi generali sui mobili.

I privilegi sulla generalità dei mobili si trovano enunciati negli articoli 1956 e 1957. Il legislatore, prima di stabilire i diversi privilegi, dichiara, nell'articolo 1956, che i crediti a favore dei quali si ammette il gius di prelazione sulla generalità dei mobili, hanno privilegio *nell'ordine seguente*. In altre parole, il Codice non solo enuncia i crediti privilegiati sulla generalità dei mobili, ma nell'ordine della loro enunciazione stabilisce la priorità dell'uno sull'altro. Ad esempio, il privilegio per le spese funebri, indicate nel numero 2.°, ha effetto dopo il pagamento delle spese di giustizia, indicate nel numero 1.° dell'art. 1956.

1.° Hanno privilegio sulla generalità dei mobili i crediti riguardanti le spese di giustizia, fatte per atti conservativi o di esecuzione sui mobili nell'interesse comune dei creditori (art. 1956, num. 1). Il Codice francese (art. 2101, num. 1) diceva semplicemente: *frais de justice*. Ma gli scrittori avvertirono, che si dovessero ritenere privilegiate soltanto le spese dalle quali i creditori avevano ricavato un vantaggio (1). Il privilegio annesso alle spese giudiziali *(privilegium primipilare,* come direbbe il card. de Luca) trae la sua origine da una *negotiorum gestio,* compiuta da uno dei creditori a pro degli altri. È questo il fondamento razionale su cui riposa l'ordinamento della legge. Come ben dice il Baudry-Lacantinerie: « Personne ne doit refuser la restitution d'avances utilement faites dans son intérêt. Le privilège des frais de justice a donc pour fondement une gestion d'affaire utile à tous les créanciers (2). » Tale privilegio deve quindi essere più o meno esteso, secondo che si è conservata o liquidata una massa di beni più o meno considerevole. Esso, nota il Troplong, non è generale in un *modo assoluto,* come i privilegi di cui è parola nei numeri seguenti. È generale quando le spese hanno garantito tutti i mobili del debitore. Se hanno

---

(1) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques,* num. 130.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, num. 1074; Paris, 1892.

garantito una frazione dei medesimi, il privilegio si estende solo a questa frazione. Il privilegio, insomma, annesso alle spese giudiziali, è dotato di una specie di elasticità; la quale fa sì, che, secondo i casi, il medesimo si restringe o si dilata, si rende speciale od assume un carattere generale. Questo concetto è svolto con molta chiarezza dal Ricci. Il legislatore, egli osserva, accorda il privilegio non per qualsiasi spesa di giustizia per atti conservativi o di esecuzione, ma per quelle soltanto che si son fatte nel comune interesse; ora l'interesse comune si verifica a riguardo dei mobili, oggetto degli atti conservativi, non a riguardo degli altri; quindi è su quelli soltanto che il privilegio può farsi valere. Suppongasi che, procedendosi ad atti esecutivi sopra alcuni mobili, il creditore non si rimborsi completamente delle anticipate spese di esecuzione; se, in sèguito, esso proceda ad atti esecutivi a riguardo di altri mobili, le spese incontrate per i primi mobili, nella parte in cui il creditore istante non ha potuto ottenere il rimborso, non possono ritenersi fatte nell'interesse comune dei creditori; imperocchè nessun profitto hanno essi conseguito dalle spese di esecuzione in quanto hanno ecceduto il prezzo ritratto dalla vendita dei mobili pignorati; quindi il creditore, che le ha sostenute, non può pretendere di esserne rimborsato con privilegio sul prezzo di altri mobili. La cosa apparisce anche più manifesta, allorchè sui secondi mobili pignorati esiste il privilegio a favore di taluni creditori, che non lo avevano sopra i mobili colpiti dalla precedente esecuzione; questi creditori, infatti, che possono conseguire il pagamento totale del loro avere sul prezzo dei mobili, sui quali hanno privilegio, quale interesse possono avere alle spese di esecuzione, relativa ad altri mobili, dalla quale nulla hanno ritratto? Ma perchè il legislatore colloca il credito per le spese di giustizia tra quelli che hanno privilegio su tutti i mobili del debitore, mentre esso colpisce soltanto quelli cui gli atti conservativi o di esecuzione si riferiscono? La ragione è, perchè dipende dal creditore istante il far sì che il privilegio si estenda a tutti i mobili del debitore, o si limiti ad alcuni di essi. Il creditore può coi suoi atti colpire tutti i mobili od una parte di essi; se li colpisce tutti, il privilegio comprende tutti i mobili; se si limita invece a colpirne alcuni, il privilegio è per necessità ristretto ai soli mobili che coi suoi atti di conservazione o di esecuzione furono presi di

mira (1). Decideva la Corte di appello di Torino, che il credito per il rimborso delle spese fatte da un creditore nella causa per la dichiarazione di fallimento non è privilegiato. Quel credito non può neppure essere considerato come proprio del fallimento, da esser quindi soddisfatto con preferenza sugli altri crediti. La Corte notava che dal testo preciso del numero 1.° dell'articolo 1956 Codice civile si ricava apertamente, che il privilegio sulla generalità dei mobili si dia « nel concorso dei tre distinti elementi seguenti, tutt'insieme, e cioè: che si tratti di spese di giustizia; che tali spese si siano fatte pel compimento di atti conservativi di mobili, ovvero di atti di esecuzione su di essi; e finalmente che tali spese siano fatte nell' interesse comune dei creditori. » Ora nessuno dei suddetti elementi, e tanto meno il concorso dei medesimi, si trova nel credito per rimborso di spese fatte da un creditore nella causa per dichiarazione di fallimento. Non vale far ricorso al principio di analogia. « Il privilegio, *contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem, auctoritate introductum, non est producendum ad consequentias*; sicchè impossibile in diritto pure sarebbene, ai precisi termini dell'articolo 4 Disposizioni preliminari, l'estensiva applicazione. La quale, impossibile in diritto, sarebbe pure nell'ipotesi che qualche dubbio, quanto meno, vi fosse. Imperocchè all'applicazione estensiva in questo caso, in presenza però negata di un dubbio, resisterebbero i più certi inconcussi principii, di *semper quod minimum sequatur*, e *melius est verbis edicti servire,* intanto che il pensiero del legislatore accenna a restrizione piuttosto che ad estensione del privilegio (2). »

2.° Hanno privilegio sulla generalità dei mobili le spese funebri necessarie secondo gli usi (art. 1956, num. 2). Questo privilegio è stato concesso per due ragioni. In primo luogo, *intuitu pietatis*. Dice bellamente Grozio, che gli onori funebri si rendono non tanto alla persona, quanto all'umanità: « Hinc est quod officium sepeliendi, non tam homini, idest personae, quam humanitati, idest naturae humanae praestari dicitur: unde publicam hanc humanitatem dixerunt Seneca

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, num. 82.

(2) Corte di appello di Torino; sentenza dei 31 marzo 1885; nel *Foro italiano,* anno 1885, parte I, pag. 624.

et Quintilianus (1). » In secondo luogo, questo privilegio si ammette per una ragione di ordine pubblico: *ne insepulta corpora jacerent*, come dice Ulpiano (L. 12, § 3, D. *de religiosis et sumpt. funerum*: la salubrità pubblica richiede che i cadaveri non rimangano insepolti. Ma non si ammettono come privilegiate se non le spese fatte *secondo gli usi*; avuto cioè riguardo, insegna Ulpiano, alle sostanze ed alla condizione del defunto: « Sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti. » (L. 12, § 5, D. *ibidem*). E, per servirci della formola usata negli Statuti delle città italiane: *pensata conditione status defuncti* (2). L'espositore del Codice italiano deve accettare senza esitazione la teoria svolta dal Persil, nel suo aureo trattato sul sistema ipotecario francese. Perchè esista il privilegio concesso dalla legge, egli insegna, le spese debbono essere in rapporto colla nascita, col grado, colla fortuna che aveva il defunto quando era in vita. E se le spese fossero esorbitanti, fatte per orgoglio od ostentazione, il privilegio dovrebbe limitarsi « à ce qui serait jugé raisonnable et juste (3). » Osserva il Laurent che, nel determinare la estensione del privilegio per le spese funebri, non deve tenersi conto di questo criterio della condizione e della fortuna del debitore. Può esservi quistione di *fortuna* quando si tratta di *privilegi*, cioè a dire, quando il defunto muore insolvibile? La fortuna del defunto, in tal caso, non è che un'apparenza menzogniera, e che importa allora la sua *condizione*? Quando pure appartenesse alle classi più elevate della società, il legislatore non dovrebbe autorizzare delle spese, privilegiandole, semprechè queste spese sono, in realtà, sopportate dai creditori (4). Noi non possiamo accettare questa teoria; accettandola, ci ribelleremmo apertamente alla volontà del legislatore. Se il Codice ammette un privilegio per le spese funebri necessarie secondo gli usi, e

---

(1) V. Grozio, *De jure belli et pacis,* Lib. II, Cap. XIX, num. 2; Amst. 1735.

(2) V. Muratori, *Dissertazioni sopra le antichità italiane*, Diss. XXIII; Napoli, 1752.

(3) V. Persil, *Régime hypothécaire,* sull' articolo 2100, num. 2.°; Paris, 1809.

(4) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIX, num. 360.

le ammette nella ipotesi del debitore insolvibile (imperciocchè la ragione del privilegio deve far supporre che i beni del debitore non siano sufficienti per il soddisfacimento di tutti i creditori), l'interprete è tenuto a riconoscere che, anche sotto l'impero del Diritto moderno, deve rendersi omaggio al responso di Ulpiano. In caso contrario, adottando la teoria del Laurent, nella ipotesi del debitore insolvibile che è quella figurata necessariamente dalla legge, questo debitore dovrebbe essere sepellito *more pauperum*. Ma, allora, non vi sarebbero *spese funebri* da essere rimborsate con privilegio; è l'autorità pubblica che, col pubblico danaro, giusta i regolamenti municipali, procede alla sepoltura; il cadavere del debitore insolvibile avrà il suo posto fra *tumuli plebei*, e soltanto le stelle saranno *pie all' obbliata sepoltura*, perchè non sarà consentito di scemare, con qualche spesa, il pegno comune dei creditori! Il Laurent propugna una teoria la quale, non rispettando la legge imperante, discorda dalle tradizioni nobilissime del Diritto romano. Dice Paolo: « Quidquid in funus erogatur, inter aes alienum primo loco deducitur. » (*Recept. sent.*, Lib. I, tit. ult. *de sepulchris et lugendis*). Se è morto un affittuario od un inquilino, insegna Ulpiano sulle orme di Pomponio, *nec sit, unde funeretur,* le spese necessarie si debbono prendere *ex invectis et illatis*, e soltanto *si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri.* (L. 14, § 1, D. *de religiosis et sumpt. funerum*). E Marciano solennemente proclama il principio: « Impensa funeris omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint. » (L. 45, D. *Ibidem*). In rapporto al privilegio per le spese funebri, il Laurent, dopo avere osservato che il legislatore deve vegliare alla sepoltura dei cadaveri *par respect pour la personnalité humaine,* accenna alle religioni che professano la risurrezione dei corpi. « Ici la piété touche à la superstition, et disons-le, à l'exploitation de l' ignorance et de la bêtise qu'un clergé aussi cupide qu'ambitieux exploite dans l'intérêt de sa domination. » Il legislatore non deve, certo, favoreggiare dei creditori che fanno della religione un mestiere ed un mercato; e, poichè è appunto il legislatore quegli che crea i privilegi, esso non deve privilegiare se non le spese strettamente necessarie per la sepoltura dei morti (1). Il giu-

(1) V. Laurent, *Ibidem*, num. 357.

reconsulto belga, ciò a noi pare evidente, poteva astenersi, spiegando il Codice, dal manifestare delle opinioni particolari in tema di credenze religiose, opinioni cui non tutti i suoi lettori hanno il dovere di prestare ossequio. È strano, è ridevole anzi, che alcuni fra i cosidetti liberi pensatori, in nome della libertà, vogliano imporre le loro opinioni a coloro che hanno il diritto di conservare le credenze che *dal padre il figlio apprese,* per ripetere le parole che si leggono in uno dei più belli inni del Manzoni. Del resto, giova osservarlo, la teoria insegnata dal Laurent, che nel computo delle spese funebri, agli effetti del privilegio, non si deve tener conto di ciò che si è erogato *religionis causa*, questa teoria non è accolta dalla scuola, è respinta dalla giureprudenza. Scuola e giureprudenza hanno a buon diritto ritenuto che, anche in rapporto ai debitori insolvibili, poi che sono morti: « Ben si dee loro atar lavar le note Che portâr quinci, sì che mondi e lievi Possano uscire alle stellate ruote (1). » Osserva il Ricci: « Alle parole della legge, *spese funebri,* conviene attribuire il significato loro proprio, quello cioè che esse hanno nell' uso comune. Ora nell'uso comune spese funebri sono non solo quelle che si riferiscono al sepellimento dei cadaveri, ma anche quelle per le funzioni religiose che accompagnano la salma dell'uomo all'ultima dimora; quindi a queste spese ha inteso il legislatore accordare il privilegio (2). » Ed il Pacifici-Mazzoni: « Tra le spese funebri si comprendono, a nostro avviso, eziandio le spese per gli uffici religiosi; perchè anche questi uffici fanno parte del funere secondo gli usi (3).» Tra gli espositori del Codice francese staremo contenti a citare il Baudry-Lacantinerie, il quale fa questa dichiarazione, che, giusta la teoria generalmente seguìta, *suivant l'opinion générale,* il privilegio per le spese funebri comprende ancora *les honoraires des ministres du culte* (4). Adunque quella propugnata dal Laurent è una opinione singolare. Il debitore insolvibile ha vissuto una vita angustiata dalle persecuzioni

---

(1) Dante, Pg. XI, 34-36.

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, num. 86.

(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 27.

(4) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, num. 1075; Paris, 1892.

dei creditori; poi che, colla morte, è stato liberato dalla loro soggezione, deve essere consentito (anche scemando alcun poco il valore del pegno di questi creditori), di far diventare *per buon prieghi più corto il decreto*, che a lui, allo stesso modo che a Manfredi, assegnava una più o meno lunga punizione! E qui ci piace richiamare le considerazioni che fa uno scrittore italiano circa gli usi universalmente accolti di pregare pei defunti: « Il culto specialissimo che si rende fra le nazioni indo-europee ai morti nell'ansioso pensiero di un'altra vita, è un tributo all'ideale. L'uomo indo-europeo il quale, come è il più bello nella specie umana, ha pure creato i più belli Iddii, aspira sempre a quella superba immortalità della quale fece egli stesso beati gli Dei del suo Olimpo. L'uomo indo-europeo preferisce rassegnarsi alla sua dannazione in eterno fra i ghiacci e le fiamme dell'inferno anzi che al suo completo annientamento individuale (1). » Anche lo scrittore, le cui parole abbiamo dianzi riferite, è un *libero pensatore,* ma egli non può disconoscere il *tributo all'ideale* che si rende con gli uffici religiosi a pro dei defunti. Beninteso, noi accenniamo soltanto agli uffizi religiosi che si collegano *strettamente* alla sepoltura; imperciocchè non vuolsi dimenticare che siamo in tema di privilegi, che trattasi di affermare la preponderanza di un credito sopra altri crediti, e tale preponderanza non deve esorbitare dai suoi giusti confini.—Le spese del lutto vedovile non si possono collocare tra le *spese funebri,* il cui credito è assicurato dal privilegio, e per due ragioni. In primo luogo, il Codice italiano, a differenza del Codice Albertino (art. 2156, num. 4) serba silenzio intorno ad esse, nel provvedere circa i privilegi. In secondo luogo, l'art. 1415 statuisce, che la eredità del marito, durante l'anno dalla morte di costui, deve fornire alla vedova l'abitazione e le vesti da lutto. Adunque compete alla vedova un credito per le vesti da lutto, ma trattasi di un credito personale verso l'eredità del marito.

3.° Hanno privilegio sulla generalità dei mobili le spese d'infermità fatte negli ultimi sei mesi della vita del debitore (art. 1956, num. 3). Questo privilegio ha pure il suo fondamento sopra una ragione di umanità. L'ultima infer-

(1) V. De Gubernatis, *Storia comparata degli usi funebri in Italia e presso gli altri popoli indo europei,* Introduzione; Milano, 1878.

mità essendo la più grave, e l'ammalato lottando colla morte, l'umanità non permette che si accrescano le sue angosce con reclami pecuniari. Per indennizzare i farmacisti, i medici ed altre persone di questo pio silenzio, la legge ha creduto giusto di privilegiare i loro crediti (1). Abbiamo accennato specialmente all'*ultima infermità*, imperciocchè è questo il caso ordinario in cui si fa valere il privilegio. Ma, avuto riguardo al testo della legge, vuolsi ritenere che il privilegio può farsi valere anche quando il debitore è morto in conseguenza di una infermità diversa da quella per cui, entro gli ultimi sei mesi della sua vita, le spese furono fatte. In proposito dice benissimo il Luzzati: « Se, per la materia dei privilegi è imposta come precetto l'interpretazione restrittiva della legge, si uscirebbe però dai termini di questo precetto allorquando, sotto veste d'interpretazione, si restringesse la parola della legge. Sarebbe questa una violenza intollerabile alla volontà del legislatore. La legge non distingue: essa parla delle *infermità degli ultimi sei mesi della vita del debitore*. L'interprete non può sostituire il proprio criterio a quello con tanta chiarezza di termini dal legislatore manifestato (2). » Giovanni Voet osserva che nella prassi forense dei suoi tempi (*vulgo*), il privilegio riferivasi « ad solos sumtus in morbum postremum factos, non item in alios, ex quibus ante defunctus ope medica convaluit ac restitutus est; etsi ita fiat, ut honoraria medicorum, ex artis suae praeceptis fideliter feliciterque curantium, postponantur subinde posterioribus eorum salariis, qui sua vel imprudentia vel imperitia potuerunt moriendi causam defuncto praebuisse, quorumque errorem terra tegit (3). » La opinione che dominava nella pratica ai tempi del Voet non potrebbe accettarsi sotto l'impero del nostro Codice; il quale, come dianzi abbiamo avvertito, prefinisce dei termini in rapporto al tempo, ma non limita il privilegio alle spese fatte *in morbum postremum*. E il sistema del nostro Codice è ragionevolissimo. In molti casi riesce, se non impossibile, certo difficile determinare la infermità ch'è stata causa della morte di colui che,

---

(1) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, num. 137.

(2) V. Luzzati, *Dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 251.

(3) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XI, tit. VII, num. 15; Hagae-Comitum, 1731.

per un tempo più o meno lungo, è stato travagliato da diversi morbi. Questo concetto che noi abbiamo espresso alla buona, si trova enunciato in tal guisa in alcuni periodi del Borsari, che si distinguono, diremo così, per una certa originalità: « Al banchetto della morte più infermità sono invitate, e volenterose concorrono a distruggerci. Quale è quella che ci fu veramente letale e quando è incominciata? Potremo farla quest'analisi per contraddistinguere la efficienza delle singole malattie e la loro malefica influenza (1)? » Il Codice italiano accorda il privilegio per le spese d'infermità fatte *negli ultimi sei mesi della vita del debitore.* Il Codice francese (art. 2101, num. 3) statuisce che sono privilegiate *les frais quelconques de la dernière maladie.* Dal raffronto delle due formole legislative appare evidente che, presso di noi, non è consentito di sollevare la quistione esaminata dagli interpreti del Codice francese, se il privilegio per le spese d'infermità si avvera non solo in rapporto alla infermità per cui è morto il debitore (nel sistema del nostro Codice, dovrebbe parlarsi d'infermità che han travagliato il debitore negli ultimi sei mesi, anche quando non si possa accertare che è morto in conseguenza del morbo per cui le spese si son fatte), ma eziandio in rapporto alla infermità che ha preceduto altri avvenimenti (fallimento od insolvibilità), che possono dar luogo al concorso dei creditori. Il Codice italiano limita chiaramente il privilegio al caso delle infermità che han preceduto la morte del debitore. Ma il testo del Codice francese, fa d'uopo riconoscerlo, giustifica il nascimento della quistione. Il Mourlon, che propugna la interpretazione estensiva, fa ricorso a tale argomento: « Subordinando il privilegio alla morte dell'ammalato, si pone il medico fra il suo

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II, § 4156. Lo Zacchia esamina la quistione: *infirmus, quando dicatur convaluisse, ita ut si decedat, non ex primo morbo, sed ob novam infirmitatem decessisse dicendum sit.* E così la risolve: « Aut infirmus ita convaluit, ut ageret ea, quae sani agunt, et tunc praesumitur obiisse ex alia causa. Aut integraliter non erat redditus sanus, sed ambulavit cum baculo, tunc praesumitur obiisse ex eadem causa: et dicenti ex alia causa obiisse incumbit onus probandi. » V. Zacchia, *Decisionum Sacrae Rotae Romanae ad materias Quaestionum medico-legalium,* Decis. III, num. 5; Lugduni, 1673.

interesse e il suo dovere, ciò che può essere pericoloso; poichè, in questo conflitto dell'interesse in lotta col dovere, forse il dovere non sarebbe sempre il più forte (1). » In altre parole, se non abbiamo capito male, il Mourlon teme che, respingendosi la sua teoria, si possa verificare questo caso, che il medico spedisca all'altro mondo l'infermo per acquistare il privilegio! Questo è troppo. Ben è vero che de'medici lasciò scritto Plinio: « Discunt periculis nostris, et experimenta per mortem agunt: medicoque tantum hominem occidere impunitas est. » Ma il caso che prevede Plinio è diverso da quello temuto dal Mourlon. Nell'uno e nell'altro caso l'infermo è ucciso dal medico; ma, nel primo caso, nell'interesse della scienza (*experimenta per mortem agunt*); nel secondo, invece, nell'interesse meramente privato, per acquistare il privilegio. Del resto, il lettore non deve credere che noi vogliamo, colle parole che precedono, venir meno al rispetto che è dovuto ad una delle più nobili professioni. Cesare Ursillo, annotando una Decisione del Sacro Regio Consiglio napoletano riferita dal de Afflictis, dove appunto si stabilisce la massima che il privilegio del medico per ottenere il compenso deve ammettersi anche quando « infirmus noluerit medelas et habuerit medicum exosum; » ricorda la ingratitudine dei clienti verso gli avvocati ed i medici: « Dum causa ventilatur, et infirmus infirmatur, tunc curas petere. Nam causa concordata, et infirmo restaurato, nil curant solvere. » E soggiunge: « Advocati et medici tres facies clientulis praeseferunt: tempore necessitatis *angeli*, dico necessitatis urgentis; alio tempore non sic instantis, *hominis*; demum ea in totum finita, *daemonis*, et hoc de ingrato cliente dico (2). » E quando non si tratta di ingratitudine da parte del cliente, ma di abuso da parte del medico, la giurisprudenza ci presenta esempi lodevoli di repressione di questi abusi. Recentemente decideva la Cassazione di Torino: « Se a un ammalato che sia realmente o si creda in grave stato e bisognoso di urgenti cure, il medico ponga per condizione della sua assistenza la preventiva promessa di una retribuzione in

(1) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, sull'art. 2101 del Codice francese.

(2) V. De Afflictis, *Decisiones Sacri Regii Consilii neapolitani*, num. CXXIII; Venetiis, 1635.

una somma relativamente enorme, ed esso accetti e subisca la condizione, promettendone il pagamento, è facile comprendere che una influenza riprovevole fu esercitata sull'animo di lui, che ha potuto ragionevolmente temere grave danno ed anche pregiudizio irreparabile, se, ricusandosi all'audace pretesa, il medico si fosse alla sua volta rifiutato a prestare le sue cure; e in questo caso non si potrà al certo ritenere che egli abbia volontariamente acconsentito, e che l'obbligazione assunta in queste condizioni abbia tutti i requisiti necessarii per la sua validità (1). » Due altre osservazioni dommatiche dobbiamo fare circa il numero 3.° dell'art. 1956. La prima, che il privilegio per le spese d'infermità deve limitarsi alla persona del debitore; non può estendersi a garantire le spese fatte ad occasione d'infermità dei membri della sua famiglia (2). La seconda, che il computo dei sei mesi si fa risalendo dal giorno della morte del debitore al principio del semestre. Il *dies mortis* deve comprendersi nel termine, imperciocchè esso segna il finir della vita, e la legge, nel precisare il tempo, lo fissa avuto riguardo alla vita del debitore: *ultimi sei mesi della vita del debitore.* Ed il computo deve farsi secondo il calendario gregoriano, senza tener conto della diversa durata dei mesi. Se la morte si avvera il 10 agosto, il privilegio per le spese d'infermità incominciò il 10 febbraio antecedente (3).

4.° Hanno privilegio sulla generalità dei mobili le somministrazioni di alimenti fatte al debitore per lui e per la sua famiglia negli ultimi sei mesi, ed i salari delle persone di servizio per egual tempo (art. 1956, num. 4). Il Codice francese dà la preferenza al privilegio per i salari (num. 4, art. 2101) sul privilegio per somministrazioni alimentari (num. 5, art. 2101). Il Codice italiano ha collocato il privilegio per somministrazioni alimentari ed il privilegio per salari (che entrambo sono stabiliti *humanitatis causa*) nella medesima classe. Nello stadio di elaborazione del nostro Codice, notava in proposito il Chiesi: « Se i salari delle persone di

---

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 30 gennaio 1895; nella *Legge*, anno XXXV, Vol. II, pag. 48.

(2) V. Luzzati, *Ibidem*, Vol. I, num. 249.

(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 30.

servizio meritano favore, non lo meritano meno le somministrazioni di alimenti: *alimenta non solum piam causam continent, sed etiam publicam utilitatem respicere videntur* (1). »
In rapporto al numero quarto dell'articolo 1956, dobbiamo fare parecchie osservazioni. 1.° Sotto la voce *alimenti*, adoperata dal Codice, si deve intendere tutto ciò che è necessario alla esistenza dell'uomo: il vitto, il vestito, l'abitazione ed anche ciò che è richiesto per la cura della sanità (2). Il Ricci ha sostenuto, che alla parola *alimenti*, che si legge nell'articolo 1956, deve darsi un significato ristretto, un significato che comprenda unicamente ciò che è necessario pel vitto. Infatti, egli dice, negli *alimenti*, presa questa parola nel suo largo significato, si comprendono anche le spese d'infermità; or bene, se il legislatore avesse inteso parlare di somministrazione di alimenti in lato senso, qual bisogno avea esso di dichiarare nel numero precedente, che sono privilegiate le spese di ultima infermità, dal momento che queste sarebbero comprese nella generica denominazione: *somministrazioni di alimenti?* Ma v'ha di più. Per il credito delle pigioni è accordato al locatore un privilegio speciale sui mobili che guarniscono la casa locata; dunque non è supponibile che per le pigioni relative agli ultimi sei mesi il legislatore abbia inteso accordare un altro privilegio. Presa pertanto nello stretto senso l'espressione, *somministrazioni di alimenti*, essa comprende solo ciò che serve al nutrimento, vale a dire, il cibo, e non si estende al vestiario, perchè, una volta dimostrato che il legislatore intende gli alimenti nello stretto senso della parola, l'interprete, versandosi in tema di gius eccezionale, non è autorizzato ad ampliare il senso e la portata della disposizione legislativa (3). Noi dobbiamo respingere questa interpretazione, per quattro ragioni. In primo luogo, perchè essa è contraria alla tradizione del Diritto romano, che comprendeva, sotto la voce *alimenti*, non solo *cibaria*, ma eziandio *vestitus*, *habitatio et valetudinis impendia* (L. 6, D. *de alimentis vel cibariis legatis;* L. 45,

(1) V. Chiesi, *Nuovi studi sul sistema ipotecario,* num. 19; Torino, 1863.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ibidem,* Vol. I, num. 31.

(3) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, numero 88.

D. *de usufructu et quemadm. quis utatur fruatur*). In secondo luogo, perchè essa si ribella al sistema del Diritto vigente, che, sotto la voce *alimenti*, vuole che si comprendano il vitto, il vestito, l'abitazione e le altre cose necessarie alla vita (art. 846). In terzo luogo, perchè si oppone, non solo al significato giuridico, ma anche al significato grammaticale della espressione usata dalla legge. Infatti, come notano il Rigutini ed il Fanfani, se per *alimento* s'intende *qualunque cosa, di che si nutre l'uomo o l'animale*, per *alimenti* invece s'intende la *somministrazione di ciò che è necessario per vivere* (1). Da ultimo, se la intenzione del legislatore italiano fosse stata quella che in lui suppone il Ricci, il nostro Codice non avrebbe accordato il privilegio per *le somministrazioni di alimenti*, ma invece per *les fournitures de subsistances*, come si esprimono il Codice francese e la Legge ipotecaria belga dei 16 dicembre 1851. Il Laurent, commentando quest'ultima, osserva: « Ce mot ne comprend pas tout ce qui est nécessaire à l'homme pour vivre. Il y a une autre expression plus large, que les lois emploient pour indiquer tous les besoins de notre nature physique, c'est le mot d'*aliments,* qui comprend la nourriture, l'entretien et le logement (2). » E la voce *alimenti* è appunto usata dal nostro Codice. 2.° Il privilegio per le spese d'infermità è ristretto alla persona del debitore; invece, il privilegio per somministrazioni di alimenti comprende, come statuisce in termini espressi il Codice, le somministrazioni fatte al debitore per lui e per la sua famiglia. Sotto la voce *famiglia*, rigorosamente sono designate *plures personas sub unius potestate subiectas* (3). Ma qui è il caso di richiamare l'acconcia osservazione di Ulrico Ubero, che l'interprete non deve, *superstitione praeceptorum juris*, accettare una teoria che si ribelli ai dettami dell'umanità, *contra naturam humanitatis* (4). È pacifico nella dottrina che, agli effetti del privilegio, si

---

(1) V. Rigutini e Fanfani, *Vocabolario italiano della lingua parlata*, verb. *Alimento*; Firenze, 1883.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXIX, num. 371.

(3) V. Calvino, *Lexicon juridicum*, verb. *Familia*; Coloniae Allobrogum, 1734.

(4) V. Ubero, *Institutionum*, Lib. II, tit. XX, num. 20; Lipsiae, 1725.

comprendono nella famiglia e il coniuge del debitore, e i parenti e gli affini che con lui abitualmente convivono. In rapporto ai parenti ed affini, che non convivono col debitore, si comprendono, sempre agli effetti del privilegio, soltanto coloro verso dei quali incombe al debitore il dovere degli alimenti *ex lege*. 3.° Gli *ultimi sei mesi*, accennati nel numero 4.° dell'art. 1956, son quelli che precedono sia la morte del debitore, sia il fallimento o la non solvenza di lui. Questa dottrina, che ammette il privilegio anche per le somministrazioni di alimenti fatte negli ultimi sei mesi che precedono il fallimento o la non solvenza del debitore, è contrastata da alcuni espositori del Codice. Ma noi accettiamo l'interpretazione dianzi enunciata, richiamando le sapienti considerazioni del Luzzati. L'ipotesi fondamentale di tutta la materia dei privilegi è la liquidazione degli averi, non la morte del debitore. Ove la legge tace, quella liquidazione è necessariamente presupposta. La limitazione del privilegio alle spese d' infermità fatte negli ultimi sei mesi della vita del debitore s' inspira ad una ragione di pietà, attribuita alla causa del credito dal fatto del decesso del debitore, ad evitare il quale si presume per legge che le spese d'infermità siano state rivolte. Ma questa ragione particolare non limita più il privilegio per le somministrazioni degli alimenti. Senza medicinali, nella ipotesi di fallimento o di decozione, si sarebbe potuto vivere o non vivere. Ma senza alimenti si muore. La limitazione adunque del privilegio nel numero 3.° dell'art. 1956 non si estende, per la *causa del credito,* al numero 4.° dello stesso articolo. Quel numero 4.° è lasciato sotto l'impero delle ipotesi ordinarie determinatrici dello spiegarsi di una ragione privilegiata (1). 4.° Le *persone di servizio*, il cui salario è privilegiato, sono tutti coloro che prestano l'opera loro, al debitore o alla sua famiglia, mediante una mercede; domestici, portieri, cocchieri e simili. Invece, tra le *persone di servizio* non si possono comprendere i commessi da studio, gl' istitutori, le istitutrici, i segretari, gli amministratori e simili impiegati (2). 5.° Le persone di servizio

(1) V. Luzzati, *Dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 285 a 289.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 34.

godono del privilegio a guarentigia dei salari loro dovuti negli ultimi sei mesi. Non ne godono per servigi prestati anteriormente. Ancora: se le persone di servizio hanno fatto delle anticipazioni per conto del padrone, per l'andamento della casa, come talvolta si avvera, a tali anticipazioni non si estenderà il privilegio concesso per i salari; potranno le suddette persone essere protette, pel rimborso di tali anticipazioni, dall'altro privilegio per le somministrazioni di alimenti, semprechè, beninteso, le anticipazioni siansi fatte per l'acquisto degli alimenti necessari per il padrone e per la sua famiglia (1).

Hanno pure privilegio sulla generalità dei mobili del debitore i crediti dello Stato per ogni tributo diretto dell'anno in corso e dell'antecedente, comprese le sovr'imposte comunali e provinciali. Tale privilegio non si estende al tributo fondiario (art. 1957). Dobbiamo determinare il significato delle parole, *tributo diretto* e *tributo indiretto*; il tributo *diretto* è mentovato nel riferito articolo 1957, il tributo *indiretto* è mentovato nel numero 1.° del successivo articolo 1958. Gli scrittori non sono di accordo in questa determinazione. In primo luogo richiamiamo la nozione che in proposito ci presenta il Pescatore: « I molti e svariati metodi d'imporre i tributi si riducono a due sommi generi, secondo che si grava il *possesso,* ovvero l'*uso* della ricchezza. Qualunque forma di tributo, in cui il cittadino è gravato in qualità di *possidente* una ricchezza *accertata* o *presunta*, appartiene al genere dei tributi *diretti*. Che se il tributo colpisce la ricchezza *nell'atto* che il possidente *ne usa,* il tributo è qualificato *indiretto,* quasichè sia colpito direttamente il *fatto* dell'uomo, che *mostra* coll'uso e solo indirettamente la ricchezza (2). » In secondo luogo richiamiamo il concetto assegnato, dell'uno e dell'altro tributo, dal Quarta: « Le imposte che investono relazioni permanenti, come l'esistenza, la possessione, il godimento durevole di un obbietto, chiamansi dirette; le imposte che investono relazioni accidentali, come le consumazioni, le mutazioni, gli atti transeunti, appellansi indiret-

---

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 31.

(2) V. Pescatore, *La logica del diritto,* Vol. I, Parte II, Cap. XXI; Torino, 1863.

te (1). » Del resto, giova notare col Cossa, che la distinzione di imposte dirette ed indirette è *assai diversamente intesa così nella scienza come nella pratica.* E, a conforto della sua osservazione, soggiunge il Cossa: « Alcuni teorici, specialmente più antichi, chiamano *dirette* le imposte che o *di fatto,* o secondo le *intenzioni* del legislatore, restano a carico di chi le paga; ed *indirette* quelle anticipate al fisco da *intermediarii* che ne ottengono il rimborso *(ripercussione)* dai contribuenti. Altri, i pratici in ispecie, chiamano *dirette* le imposte fondate sopra *relazioni essenziali* e *permanenti* tra i contribuenti ed il fisco, e perciò riscosse ad *epoche fisse* e mediante *ruoli nominativi; indirette* quelle fondate sopra relazioni meramente *accidentali* e *temporanee,* e riscosse di solito mediante *tariffe.* Altri teorici, infine, chiamano *dirette* le imposte che colpiscono la ricchezza nelle sue *manifestazioni immediate (persone, reddito, patrimonio); indirette* quelle che colpiscono *manifestazioni mediate* della ricchezza dei contribuenti, come sono i *trasferimenti* ed i *consumi* (2). » Noi ci siamo limitati a queste nozioni generali per spiegare le parole usate dal Codice, imperciocchè sarebbe opera superiore alle nostre forze la enumerazione dei tanti tributi che colpiscono quella che il legislatore e i cultori della *Scienza delle finanze* chiamano *ricchezza dei contribuenti.* Il Cormenin, nel suo bellissimo *Livre des Orateurs,* accennava alla lingua delle imposte, lingua antica e sempre nuova, « que ceux qui paient, gens à tête dure, n'ont jamais pu apprendre, et que ceux qui reçoivent ont sans cesse enrichie d'idiomes ingénieux, de tours de leur façon et de chiffres artistement groupés qui font le plus bel effet! » E dopo di avere osservato che, nell'età nostra, il bilancio dello Stato *est un petit abrégé des merveilles du monde,* perchè vi si comprendono la terra, l'aria, l'acqua, il fuoco, la luce, ciò che divora e ciò che è divorato, ciò che cammina e ciò che non si muove, ciò che si trova sul suolo e ciò che è nascosto al di sotto di esso,

---

(1) V. Quarta, *La legge di ricchezza mobile annotata,* sull'art. 1.°, num. 2; Torino, 1884 (nella *Raccolta di Leggi speciali,* Vol. III della 3.ª Serie).

(2) V. Cossa, *Scienza delle finanze,* Cap. VI, *Classificazione delle imposte;* Milano, 1887.

l'uomo, le piante, gli animali, tutto ciò che ha vita e tutto ciò ch'è materia, conchiudeva che l'imposta progredisce più celeramente della civiltà, e per essa *n'est pas une chimère la perfectibilité indéfinie* (1).

B.

Dei privilegi sopra determinati mobili.

I privilegi che, nel sistema del Codice italiano, sono riconosciuti sopra determinati mobili, si trovano stabiliti nell'articolo 1958. Nel riferire i numeri nei quali il suddetto articolo è distribuito, aggiungeremo delle brevi spiegazioni per determinare la esatta intelligenza di ciò che è statuito dal legislatore.

Hanno privilegio speciale:

1.° I crediti dello Stato per i diritti di dogana e di registro, e per ogni dazio o tributo indiretto sopra i mobili che ne furono l'oggetto (art. 1958, num. 1.°). Allorchè si tratta dei tributi *diretti* lo Stato ha un privilegio sulla generalità dei mobili del debitore. Invece, quando si tratta di tributo *indiretto*, il privilegio dello Stato è speciale, colpisce cioè unicamente i mobili che formano oggetto del tributo. Gioverà ricordare ciò che venne statuito dall'art. 2 del Decreto 11 luglio 1874, relativo alla imposta sui redditi di ricchezza mobile: « Il privilegio stabilito dal numero primo dell'articolo 1958 del Codice civile è esteso alla riscossione dell'imposta di ricchezza mobile dell'anno in corso e del precedente, dovuta in dipendenza dell'esercizio di commercio, industria, arte o professione, sopra i beni mobili che servono all'esercizio, o sopra le mercanzie che si trovano nel locale addetto all'esercizio stesso o nell'abitazione del contribuente, quantunque i beni mobili e le mercanzie non siano di proprietà

---

(1) V. Timon (Cormenin), *Livre des Orateurs*, Parte I, Cap. IX; Paris, 1842. — In rapporto alla prima parte dell'art. 1957 è necessario avvertire, che, in forza dell'art. 70 della Legge 24 agosto 1877 (testo unico) sull'imposta di ricchezza mobile: « le Provincie ed i Comuni non hanno facoltà di sovrimporre centesimi addizionali alla tassa di ricchezza mobile. »

del debitore dell'imposta, salvochè si tratti di oggetti derubati o smarriti, ovvero di depositi provvisori di merci destinate a solo fine di lavorazione, o di merci in transito munite di regolare bolletta doganale. »

2.° I crediti dei canoni sopra i frutti del fondo enfiteutico raccolti nell'anno, e sopra le derrate che si trovano nelle abitazioni e fabbriche annesse al fondo e provegnenti dal medesimo. Questo privilegio ha luogo pel credito dell'anno in corso e dell'antecedente (art. 1958, num. 2.°). Il Codice, nell'articolo 1556, definisce l'enfiteusi: un contratto, col quale si concede, in perpetuo o a tempo, un fondo coll'obbligo di migliorarlo e di pagare un'annua determinata prestazione in danaro o in derrate. A guarentigia del pagamento di questa annua prestazione è stabilito il privilegio di cui è parola nel numero secondo dell'articolo 1958. Un espositore del Codice, il Pacifici-Mazzoni, è d'avviso che il privilegio si estende ancora ai *frutti pendenti*. Ma, come bene osserva il Pochintesta, questa opinione non può ammettersi, perchè la legge parla dei frutti *raccolti nell'anno,* e perchè i frutti non ancora raccolti sono immobili, e non diventano mobili se non a misura che sono raccolti o separati dal suolo (art. 411, Cod. civ.). Tuttavia, siccome il concedente, al pari degli altri creditori, ha il diritto di sequestrare i frutti pendenti nel tempo e nei modi indicati dal Codice di procedura civile; ed, eseguito tale sequestro e fatta la vendita, il concedente può far valere il suo privilegio per soddisfarsi con preferenza del suo avere, così si scorge che, sebbene il privilegio di che si tratta non colpisca i frutti pendenti, può nondimeno il concedente impedire che questi frutti siano sottratti al privilegio, che la legge gli accorda sui frutti raccolti nel fondo enfiteutico (1). Sotto l'impero del Diritto intermedio era dottrina accolta universalmente, che, in tema d'enfiteusi, il concedente dovesse preferirsi a qualunque creditore dell'enfiteuta sopra i frutti del fondo enfiteutico. Questa dottrina, svolta da Bartolo, dallo Scaccia, dal de Franchis e da altri giuristi, si trova così enunciata in una decisione della Ruota Romana: « Dominus, super fructibus pro satisfactione canonum praeferri debet in concursu quibuslibet creditoribus etiam an-

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche secondo il Codice civile italiano,* Vol. I, num. 39.

terioribus et privilegiatis (1). » Un giureconsulto napoletano, da noi altre volte ricordato, il de Rosa, notava: « Constat enim emphyteutam soli dominum non esse, sed eum, qui fundum in emphyteusim concedit (2). » E citava una serie di testi romani a conforto di questo principio. Ma veramente, e lo abbiamo osservato di proposito nello svolgimento della teoria dell'enfiteusi, sotto l'impero del Diritto intermedio, il sistema romano fu modificato. Si ammise un dualismo di dominio; fu riconosciuto il dominio diretto nel concedente, il dominio utile nell' enfiteuta. Tenuto conto dell' ordinamento dell'enfiteusi che si trova nel Codice italiano, il diritto del concedente, pur non avendo alcun carattere dominicale, è incontrastabilmente un diritto reale immobiliare. Non crediamo che sia necessario di ritornare sulla dimostrazione di questo principio, che risulta chiarissimo dal complesso di tutte le disposizioni del Codice in tema d'enfiteusi.

3.° I crediti delle pigioni e dei fitti degli immobili, sopra i frutti raccolti nell'anno, sopra le derrate che si trovano nelle abitazioni e fabbriche annesse ai fondi rustici e provegnenti dai fondi medesimi, e sopra tutto ciò che serve a coltivare il fondo affittato, od a fornire il fondo medesimo o la casa appigionata. Questo privilegio ha luogo pel credito dell'anno in corso, dell'antecedente e delle scadenze successive portate dai contratti di locazione, se questa ha data certa, e solo pel credito dell' annata in corso e della susseguente, se non è certa la data della locazione. In ambidue i casi gli altri creditori hanno il diritto di sottentrare nelle ragioni del conduttore, di sublocare durante il tempo pel quale il locatore esercita il suo privilegio, quantunque ciò fosse vietato nel contratto di locazione, e di esigere le pigioni e i fitti, pagando al locatore tutto ciò che gli fosse dovuto con privilegio, e cautelandolo inoltre pel credito non ancora scaduto. Lo stesso privilegio ha luogo a favore del locatore pei danni recati agli edifizi e fondi locati, per le riparazioni che sono a carico del conduttore, la restituzione delle scorte e tutto

(1) Ruota Romana; decisione dei 28 gennaio 1643; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum,* Pars IX, Vol. I, num. 146; Venetiis, 1716.

(2) V. De Rosa, *Civilis decretorum praxis,* Cap. XII, num. 50; Neapoli, 1773.

ciò che concerne l'esecuzione del contratto. Il privilegio sopra attribuito al locatore sui mobili di cui è fornita la casa od il fondo locato, comprende non solo quelli di proprietà dell'inquilino od affittuario e del subinquilino o subaffittuario, ma anche quelli che fossero di proprietà altrui, finchè si trovano nella casa o nel fondo locato, salvo che si tratti di cose derubate o smarrite, ovvero sia provato che il locatore, al tempo dell'introduzione, sapeva che le cose introdotte spettavano ad altri. Il privilegio sopra i frutti ha luogo anche quando essi appartengono al subaffittuario. Il privilegio sopra le cose che servono a fornire l'immobile locato od alla sua coltivazione, se esse appartengono al subaffittuario, ha luogo per ciò che questi deve, senza tener conto delle anticipazioni. Il locatore può sequestrare i mobili su cui cade il privilegio, qualora dalla casa o dal fondo locato siano stati trasportati altrove senza il suo assenso, e conserva sopra essi il privilegio, purchè ne abbia promossa l'azione nel termine di quaranta giorni dal trasporto, se si tratta dei mobili di cui era fornito il fondo rustico, o nel termine di giorni quindici, se si tratta dei mobili di cui era fornita la casa, salvi però i diritti acquistati dai terzi dopo il trasporto (art. 1958, num. 3.°). Noi dobbiamo fare parecchie osservazioni su questo numero dell'art. 1958, dove è parola del più importante privilegio speciale sui mobili. Diciamo *più importante,* avuto riguardo alla frequenza di esercizio del medesimo. In via preliminare giova osservare, che il privilegio del locatore rende facili le locazioni degli immobili, in questo senso che esso spinge i proprietari a mostrarsi meno esigenti nella scelta degli inquilini e degli affittuari. Altrimenti un proprietario non consentirebbe a trattare se non con un conduttore di una solvibilità incontestabile, ovvero con un conduttore che offrisse delle guarentige speciali. Senza il privilegio concesso dalla legge, molte persone si troverebbero nella impossibilità di prendere in locazione una casa per abitarvi, un fondo rustico da coltivare (1).

a) In primo luogo fa d'uopo notare, che la genesi di questo privilegio concesso al locatore si trova nel Diritto romano. Abbiamo da un frammento di Nerazio: « Eo jure utimur

---

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 1084; Paris, 1892.

ut quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit. » (L. 4, D. *in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur*). E da un frammento di Pomponio: « In praediis rusticis, fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit. » (L. 7, D. *Ibidem*). Nell'uno e nell'altro caso i giureconsulti romani fondavano la loro decisione sulla presunta intenzione dei contraenti. I Dottori designavano questo privilegio in tal guisa: *privilegium in invectis et illatis*. Il Pacioni notava a questo riguardo, per spiegare la comune terminologia: « Dicuntur res *invectae,* quae plaustro vel equo inferuntur; *illatae* quae manu in praedium sunt introductae (1). » E questa spiegazione si deve accettare.

b) Il privilegio in *inducta et illata* colpisce tutto ciò che viene introdotto nella casa o nel fondo rustico o nelle fabbriche annesse al medesimo. Ma qui giova ricordare un responso del giureconsulto Scevola, che senza nessuna dubbiezza deve applicarsi anche sotto l'impero del Diritto moderno. Il privilegio colpisce quelle cose che sono state introdotte per *fornire* il fondo o la casa, non quelle cose che per una causa qualunque vi debbono stare momentaneamente. « Eos (i mobili) dumtaxat qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent, non temporis causa accomodarentur. » (L. 32, D. *de pignoribus et hypotecis*). Non ha luogo il privilegio, nota elegantemente il Corvino, nelle cose introdotte *ad tempus* dal conduttore: « Si ad convivium, quod hic apparabat, utensilia ex aliis aedibus suis convivii gratia mutuo sumserit; si res suas ex agro, timens hostium aut latronum incursus, in domum conductam intulerit, si pacatiora fuerint tempora, reportaturus (2). » Allo stesso modo il Perezio: « Observandum est, ea tantum invecta esse pignori, quae eo animo inducta sunt, ut perpetuo, quamdiu scilicet durat locatio, sint in domo; nam si res sint illatae, non ut ibi sint, sed ut mox aut paulo post alio transferantur, haec tacito pignori non obstringentur (3). »

---

(1) V. Pacioni, *De locatione et conductione,* Cap. XL, num. 10; Romae, 1677.

(2) V. Corvino, *Summarium jurisprudentiae romanae,* Lib. VIII, tit. XV; Amst. 1755.

(3) V. Perezio, *Praelectiones in Codicem,* Lib. VIII, tit. XV, numero 4; Amst. 1761.

Debbono ritenersi soggetti al privilegio tutti i mobili che l'inquilino abbia posto nella casa presa a pigione, affine di renderla agiata o di abbellire l'abitazione, o di servirsene per gli usi domestici, o per l'esercizio della sua professione; ed eziandio le merci di cui il medesimo fa commercio nella casa presa a pigione. Non importa che si tratti di mobili singolarmente presi, o di collezione di mobili, come una biblioteca, una pinacoteca, un medagliere. E nemmeno importa, che i mobili siano costantemente visibili per loro destinazione, come gli orologi, i candelabri, gli armadi, le sedie e simili, o si tengano ordinariamente chiusi, come le argenterie, le biancherie e le stoviglie preziose. Le pietre preziose, il danaro contante, i titoli di credito non si possono considerare come mobili che forniscono la casa (1).

c) Il nostro legislatore in termini espressi riconosce, che gli altri creditori del conduttore hanno il diritto di sottentrare nelle ragioni del medesimo e di sublocare durante il tempo pel quale il locatore esercita il suo privilegio, *quantunque ciò fosse vietato nel contratto di locazione*. Con questa disposizione il Codice italiano cerca di mettere in armonia gl'interessi degli altri creditori colla guarentigia dovuta al locatore; ed infatti il Codice, dopo avere stabilito che i creditori possono esigere le pigioni ed i fitti, impone ai medesimi l'obbligazione di pagare al locatore tutto ciò che gli fosse dovuto con privilegio e cautelarlo inoltre pel credito non ancora scaduto. Sotto l'impero del Codice francese si disputa, se i creditori possono sublocare non ostante il divieto stabilito in proposito nel contratto di locazione. Il legislatore italiano, come dianzi s'è notato, consacrava la sentenza affermativa.

d) Il privilegio che la legge ammette a favore del locatore colpisce ancora le cose che appartengono a terze persone, quando queste cose son destinate a fornire la casa od il fondo locato, finchè ivi si trovano. Due eccezioni troviamo nel Codice a questo principio: 1.° Quando si tratta di cose derubate o smarrite. E, veramente, il proprietario di oggetti mobili smarriti o rubati può ripeterli ovunque si trovino, e quindi può domandarli anche in pregiudizio del locatore del-

(1) V. Pochintesta, *Ibidem*, num. 44. — Troplong, *Ibidem*, num. 151. — Aubry e Rau su Zachariae, I, § 261.

l'edificio dove furono riposti. 2.° Quando si prova che il locatore, al tempo dell'introduzione, sapeva che le cose introdotte spettavano ad altri. Come osservano gli scrittori, poco importa il modo con cui il locatore venne a conoscere questa circostanza. Ma il privilegio su cose appartenenti ai terzi non sussisterebbe quando le cose fossero state poste nello stabile locato solo transitoriamente, per effetto di un deposito necessario, o per essere restaurate, manifatturate, o vendute e trasportate in altro luogo per mezzo del conduttore, il quale appunto si occupa abitualmente di tali commissioni. Ciò ha luogo in riguardo agli effetti depositati in un albergo, alla biancheria consegnata ad un curandaio, alle stoffe affidate ad un sarto, e in generale alle materie prime spedite da terzi ad opifici o fabbriche per ricevere una forma novella, alle mercanzie tenute in consegna da un commissionario. Questa dottrina è insegnata concordemente dagli scrittori.

e) Statuisce il Codice, che il privilegio sopra le cose che servono a fornire l'immobile locato od alla sua coltivazione, se esse appartengono al subaffittuario, ha luogo *per ciò che questi deve*, senza tener conto delle anticipazioni. Quindi, per recare un esempio, se il subaffittuario ha contratto una locazione per 600 lire con chi ne aveva contratta una per 1200 lire col proprietario, costui non potrà pretendere dal subaffittuario una somma maggiore di 600 lire. Quando invece si tratta di privilegio sui *frutti*, la legge non fa distinzione; e la ragione è questa, che il privilegio sui frutti è fondato sul diritto di proprietà, deriva *ex jure soli*. Il Codice stabilisce in proposito, senza fare nessuna distinzione, che il privilegio sopra i frutti ha luogo anche quando essi appartengono al subaffittuario (1).

Nella interpretazione del 5.° capoverso del numero 3.° dell'articolo 1958, è surta una importante quistione nel campo della giurisprudenza. Il suddetto capoverso, limitativo del diritto di pegno sulle cose del subaffittuario al solo debito di costui, comprende anche il subinquilino? Il Supremo Collegio di Firenze rispose affermativamente; e quindi decise che, ove il subinquilino di una casa abbia regolarmente pagata la sua pigione, deve giudicarsi nullo il pignoramento praticato sui mobili di questo subinquilino dal proprietario per credito di

(1) V. Troplong, *Ibidem*, num. 151.

pigione verso l' inquilino. Il Codice parla del *subaffittuario;* ritenne la Corte che per tale può intendersi anche il subconduttore di una casa. « Anche in altra sede (art. 1573) il Codice adopera la parola *affitto* per indicare indistintamente e la conduzione dei fondi rustici e quella di case; onde non può escludersi, come nuovo nel suo linguaggio, che pure all'articolo 1958 usi la parola subaffittuario per denotare così il subconduttore di fondi rustici, come il subconduttore di case. Che anzi concorre ad avvalorare questo concetto anche un'altra ragione, la *connessione* cioè di quella parola *subaffittuario* colla frase che poco prima la precede « *immobili locati;* » la quale nel significato suo proprio designa egualmente il fondo urbano, come il fondo rustico (1). » Ma noi preferiamo la dottrina seguìta dal Supremo Collegio di Napoli. La Corte incomincia coll'osservare che, giusta la locuzione del Codice italiano, chiamasi *inquilino* il conduttore di una casa, ed *affittuario* quello di un fondo rustico. E poi soggiunge: « Di fronte ad una locuzione così sistematica, costante e precisa non è serio nè logico l'ammettere che nel capoverso 5.° del numero 3.° dell'articolo 1958, limitativo del diritto di pegno sulle cose del subaffittuario al solo debito di costui, abbia il legislatore dato un significato diverso al nome di subaffittuario, comprendendo in esso così il subconduttore di un fondo rustico, che quello di un fondo urbano, in contraddizione degli altri periodi dello stesso articolo ed altre numerose disposizioni, con un oblio ed una improprietà di linguaggio inconcepibili ed ingiustificabili. Il subaffittuario perciò non è per legge che il subconduttore di un fondo rustico. » La *mens legis* impone la stessa interpretazione. « Il subaffittuario, in quanto ai frutti, sta nel luogo dell'affittuario, perchè i frutti sono il prodotto dello stesso fondo, e si è riconosciuto il diritto di pegno senza limitazione negli stessi termini del diritto antico. Nella locazione delle case non esiste questa guarentigia, la quale si riduce invece pel locatore ai soli mobili, che servono a fornirla o guarnirla, e che perciò sono soggetti al privilegio per l'intero credito del locatore, sia che si appartengono al subinquilino, sia anche a terzi. Colla diversità di trattamento il legislatore in sostan-

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 9 marzo 1893; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1893, parte I, pag. 231.

za ha inteso di eguagliare possibilmente la condizione del subinquilino e del subaffittuario, rimanendo sempre più grave quella del secondo; giacchè, oltre al privilegio illimitato sui frutti, è sottoposto anche a quello limitato delle cose che servono a fornire e coltivare il fondo, e che n'erano esenti per Diritto romano (1). »

f) La legge, a guarentigia dei diritti del locatore, concede al medesimo la facoltà di sequestrare i mobili su cui cade il privilegio, qualora dalla casa o dal fondo locato siano stati trasportati altrove senza il suo assenso. Troviamo qui una eccezione al principio generale, accolto dal Codice italiano, che riguardo ai *beni mobili per loro natura* ed ai titoli al portatore, il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo (art. 707). La stessa eccezione si trova nel Codice francese, e il Duranton ne assegna questa ragione. Quegli che ha confidato ad un uomo disonesto una cosa mobile per natura, deve imputare al fatto proprio se in sèguito soffre una iattura a causa della mancanza della fede promessa: *sibi imputet*. Ma non si può rivolgere un simile rimprovero al locatore; la legge non poteva negare a costui il suo ausilio per impedire la frode che per avventura si volesse commettere dal conduttore. Il Codice statuisce un termine per la conservazione del privilegio. Giusta la dottrina accolta da alcuni scrittori, questo termine di quaranta o di quindici giorni comincerebbe a decorrere dal dì in cui il locatore fu istruito del trasporto, se il conduttore od il terzo detentore avessero adoperata frode per evitare che tale trasporto giungesse a notizia del locatore (2). Ma non pare che questa dottrina si possa accettare. Come osservano il Troplong, il Valette ed il Pont, si tratta di una disposizione eccezionale della legge; e quando, nella interpretazione della medesima, si pretende di estenderla in qualunque modo, per quanto riguarda la sua applicazione, si corre il rischio di cadere nell'arbitrio, il quale porrebbe a repentaglio l'interesse dei terzi, che il legislatore ha voluto conciliare coll'interesse del proprietario.

4.° I crediti dipendenti dal contratto di masserìa, mez-

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 31 gennaio 1895; V. *Dritto e giurisprudenza*, anno X, num. 32 (24 marzo 1895).

(2) V. Aubry e Rau su Zachariae. Vol. I, § 261.

zadrìa o colonia parziaria, tanto in favore dei locatori quanto dei coloni, sulla parte rispettiva dei frutti, e sui mobili di cui sono forniti il fondo e la casa concessi a masserìa (articolo 1958, num. 4.°). Il Codice Napoleone serba silenzio sul privilegio pei crediti dipendenti dal contratto di colonìa. Ma la miglior parte degli scrittori e la giureprudenza prevalente ritengono che questo privilegio si debba ammettere. Ricordiamo specialmente una sentenza della Corte di Limoges, dei 26 agosto 1848, dove si assegna la ragione di tale estensione. « Cette solution est favorable à l'agriculture et au colon lui-même; car, si il en était autrement, le colon qui a souvent des besoins, ne trouverait plus les mêmes facilités de la part du propriétaire qui crandrait de perdre ses avances (1). » Il legislatore italiano, con savio consiglio, ha formato oggetto di una speciale disposizione tale privilegio, avuto riguardo alla frequenza del contratto di colonìa nel nostro paese. E qui crediamo opportuno di richiamare la massima irrepugnabile enunciata dal Supremo Collegio di Roma: sfugge alla censura della Cassazione l'apprezzamento di fatto, in forza del quale il giudice di merito si è convinto che un credito dipende da mezzadrìa, e che quindi è privilegiato a norma del num. 4.° dell'articolo 1958 (2). Il Codice, al numero 3.° dell'articolo 1958, statuisce espressamente, che il privilegio attribuito al locatore sui mobili di cui è fornita la casa od il fondo locato, comprende non solo quelli di proprietà dell'inquilino od affittuario e del subinquilino o subaffittuario, ma anche quelli che fossero di proprietà altrui, finchè si trovano nella casa o nel fondo locato, salvo che si tratti di cose derubate o smarrite, ovvero sia provato che il locatore, al tempo dell'introduzione, sapeva che le cose introdotte spettavano ad altri. Questa disposizione si può, facendo ricorso all'argomento di analogia, applicare al privilegio che è concesso dalla legge al numero 4.° dello stesso articolo 1958? In altre parole, si può ritenere, in tema di mezzadria, che il privilegio del locatore, pei crediti dipendenti dal contratto di mezzadria, sui mobili di cui sono forniti il fondo e la casa concessi a mezzadria, si estenda anche ai mobili che

---

(1) V. Dalloz, *Recueil périodique,* anno 1849, parte II, pag. 175.

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 24 luglio 1894; nella *Corte Suprema di Roma,* anno 1894, parte II, pag. 273.

fossero di proprietà altrui, salvi i temperamenti che lo stesso Codice ammette nell'applicazione di questa disposizione, nei rapporti tra locatore e conduttore? Il precetto della legge che estende il privilegio concesso al locatore, nei rapporti coll'inquilino o coll'affittuario, anche ai mobili di proprietà altrui, finchè si trovano nella casa o nel fondo locato, questo precetto è d'indole eccezionale, è una *lex horrendi carminis;* e quindi, avuto riguardo alla sua natura, non può dall' interprete applicarsi oltre l'orbita del caso preveduto espressamente dal legislatore. L' interprete, nell' esame di tale quistione, ha il dovere di prestare ossequio al canone ermeneutico fermato nell'articolo 4 delle Disposizioni preliminari, ed è questo: che le leggi le quali formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, allo stesso modo delle leggi penali e di quelle che restringono il libero esercizio dei diritti, non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi. Quando si tratta dell'applicazione di leggi di questa natura, non è consentito il *procedere ad similia*, giusta la formola dei giureconsulti romani. Un espositore del nostro Codice, il Pacifici-Mazzoni, non ha dubitato di propugnare una teoria opposta a quella che abbiamo enunciata; osservando, che la legge dichiara comuni alla mezzadria o colonìa le regole stabilite in generale per le locazioni di cose, e in particolare per le locazioni di fondi rustici (1). Questo principio, che si trova fermato nell' articolo 1647, deve essere inteso sanamente, *sentiendum civiliter,* come direbbero i Dottori. Avuto riguardo al sistema del Codice, l'applicazione alla mezzadria delle regole statuite in tema di locazione deve farsi *in una parte più, e meno altrove.* Se il Codice, sotto il paragrafo *dei privilegi sopra determinati mobili,* in due numeri separati ha tenuto parola del privilegio che spetta al locatore in tema di locazione e di quello che compete al locatore ed al colono in tema di mezzadria, ciò vuol dire che ciascuno di questi privilegi è governato da principî propri. L'argomento cui fa ricorso il Pacifici-Mazzoni, a conforto della sua opinione, implicitamente costringerebbe l'interprete ad osservare che la disposizione contenuta nel numero 4.° dell'articolo 1958 è niente altro che un pleonasmo nel sistema legislativo.

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 60.

5.° Le somme dovute per le sementi ed i lavori di coltivazione e raccolta dell'annata, sui frutti della raccolta (articolo 1958, num. 5.°). Si legge in un frammento del giureconsulto Ulpiano: « Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminuere debere. » (L. 46, D. *de usuris et fructibus*). In questo frammento è designata benissimo la ragione del privilegio. Come è detto espressamente dal Codice, il privilegio per le somme dovute per le sementi ed i lavori di coltivazione e di raccolta dell'annata colpisce i *frutti della raccolta*. Di qui deriva, che il privilegio di cui parla in questo luogo il Codice non potrebbe esercitarsi sui frutti degli anni antecedenti o sul prezzo dei medesimi: relativamente ai quali il creditore di somme dovute per le cause inducenti il privilegio non avrebbe che un'azione semplicemente personale (1). In rapporto al numero 5.° dell'articolo 1958 si sono agitate, tra le altre, due importanti quistioni nel campo della giurisprudenza; e noi le vogliamo richiamare.

Le spese occorse per la concimazione di un fondo e per le mercedi pagate agli operai, che hanno lavorato nel fondo stesso, sono comprese nel privilegio concesso dalla legge? Il Supremo Collegio di Roma ha risposto affermativamente. « Ed invero, non è soltanto alle sementi od ai lavori di aratura o falciatura, che si deve la produzione di un fondo; fra i lavori di coltivazione vanno certamente, come tanti altri, compresi anche quelli occorrenti per la concimazione, imperciocchè senza concime la terra o non dà frutto, o ne dà poco e di pessima qualità. Epperò, se è vero che la ragione del privilegio sta in ciò, che col danaro e coll'opera del terzo si è potuto assicurare una buona raccolta, questa ragione deve valere tanto per le sementi, quanto per il concime, tanto pei lavori materialmente eseguiti nel fondo dal terzo gestore, quanto per quelli fatti eseguire da costui dagli operai. *Ubi eadem est ratio*, quivi la logica vuole che sia conforme la *juris dispositio*. Non si tratta qui di estendere la portata della disposizione al di là di quanto è disposto nella legge, ciò che in verità non sarebbe lecito di fare, trattandosi d'una materia eccezionale e di stretta applicazione, ma si tratta di affermare siccome virtualmente ed essenzialmente comprese

(1) V. Pont, *Des privilèges et hypothèques*, num. 136.

nella disposizione della legge anco le spese occorse per concimazione, siccome quelle che sono direttamente inerenti ai lavori d' una buona coltivàzione. Non è ben coltivata una terra se non è concimata; come non sarebbe oggi ben coltivata una vigna, se sopra i tralci ed i grappoli nascenti non si spargesse a suo tempo ed a più riprese la polvere di zolfo (1). »

Il privilegio concesso dalla legge è dato soltanto a chi fornisce le sementi, o presta l'opera pei lavori di coltivazione; od anche a colui che mutua al debitore le somme, perchè paghi il valore delle sementi e le mercedi di quei lavori? La Corte di appello di Trani accolse l'opinione affermativa; ritenne, cioè, che il privilegio deve estendersi anche al prestatore di una somma di danaro, quando il prestito si è fatto per lo scopo dianzi indicato. Il legislatore, disse la Corte, ha dichiarato privilegiate le somme dovute per le sementi e per i lavori, e le sementi ed i lavori furono enunciati soltanto per stabilire la causa del privilegio, non già per individuare persone alle quali il privilegio medesimo fosse dovuto (2). La medesima tesi fu accolta dalla Corte di Bologna (3). Ma il Supremo Collegio di Napoli faceva buon viso all'opposta dottrina. Pel testo dell' articolo 1958, numero 5.°, osservò la Corte, hanno privilegio speciale *le somme dovute per le sementi ed i lavori di coltivazione e raccolta dell'annata, sui frutti della raccolta;* con la quale dizione è senza ambiguità detto, che ciò che la legge vuole privilegiato è il credito del prezzo delle sementi somministrate, non che quello dell'importo dei lavori suddetti, dalla seminagione alla raccolta, ossia vuole privilegiati i crediti di coloro che *direttamente* e *sicuramente* contribuiscono alla produzione con la somministrazione delle sementi e con la mano d'opera. Essendo questo il concetto espresso con la disposizione in esame, nella sua accezione più comprensiva, il privilegio ivi riconosciuto andrebbe evidentemente esteso oltre il testo e la ragione della

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 22 giugno 1886; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1887, parte I, pag. 564.

(2) Corte di appello di Trani; sentenza dei 4 maggio 1887; negli *Annali*, anno 1887, parte III, pag. 444.

(3) Corte di appello di Bologna; sentenza dei 23 dicembre 1887; nella *Legge*, anno XXVIII, Vol. I, pag. 453.

legge, applicandolo ai prestiti in danaro che facciansi per l'acquisto delle sementi e per la coltivazione (1).

6.° Il credito della persona a cui favore fu costituito il pegno, sopra i mobili di cui il creditore è in possesso (articolo 1958, num. 6.°). Queste parole, *mobili di cui il creditore è in possesso,* riproducono la disposizione racchiusa nell'articolo 1882, che cioè « il privilegio non sussiste sul pegno se non in quanto lo stesso pegno è stato consegnato, ed è rimasto in potere del creditore o di un terzo eletto dalle parti.» Il Codice francese statuisce, all'articolo 2073, che il pegno conferisce al creditore il diritto di farsi pagare sulla cosa pignorata, *par privilège et préférence aux autres créanciers.* Il Codice italiano, articolo 1879, si limita a dichiarare che il pegno conferisce al creditore il diritto di farsi pagare con privilegio sulla cosa pignorata, e non aggiunge *con prelazione agli altri creditori.* La locuzione del nostro Codice è molto più esatta di quella del Codice francese; essa, come ben dice il Borsari, non esclude « lo scrutinio dei privilegi concorrenti fra loro (2).» Quando si rivolge uno sguardo ai lavori preparatorî del Codice, si trova una proposta diretta alla cancellazione del pegno dal novero dei privilegi. Il privilegio è un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla *causa* del credito: è detto espressamente nell'articolo 1952, che è il primo articolo del Codice intorno alla teoria dei privilegi, l'articolo che stabilisce il principio fondamentale dei medesimi. La Legge toscana concernente le ipoteche considerava il pegno come un titolo di prelazione *sui generis,* diverso dai privilegi e dalle ipoteche: un titolo di prelazione, fondato sul possesso della cosa consegnata dal debitore al creditore a guarentigia del credito. Questo titolo si risolve nel *jus retentionis*, a favore del creditore. Si propose la riproduzione del sistema imperante nella Toscana; ma la proposta non fu accolta, e quindi nella redazione definitiva del Codice fu stabilito, tra gli altri privilegi speciali, anche quello a favore del creditore pignoratizio. Il legislatore, allo stesso modo che ha fatto per altri istituti del Codice, ha voluto rendere omag-

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 7 febbraio 1888; nella *Legge*, anno XXVIII, Vol. I, pag. 411.

(2) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II, § 4169.

gio alla sentenza di Salomone: *stemus super vias antiquas.* Ma resta fermo il concetto che più volte abbiamo enunciato: il privilegio che promana dal pegno non ha il suo fondamento sulla causa del credito. Sotto l'impero dell'antica giurisprudenza francese (ripetiamo l'osservazione del Persil) il Domat: « avoit tellement senti que, dans ce cas, le privilège du créancier avait une autre origine que celle de la qualité de la créance, qu'il ne balance pas à dire, qu'on ne doit pas mettre au rang des privilèges la préférence qu'a le créancier sur les meubles qui lui ont été donnés en gage (1). » E il Domat certamente non può essere collocato nella categoria di quei giuristi, che sono corrivi a censurare il precetto di legge imperante per sostituirvi ordinamenti diversi.

7.° Le spese fatte per la conservazione o pel miglioramento di mobili, sopra gli stessi mobili conservati o migliorati, sempre che si trovino ancora presso coloro che fecero le dette spese (art. 1958, num. 7.°). Il Codice Napoleone parla unicamente delle spese fatte per la *conservazione* della cosa: *frais faits pour la conservation de la chose* (art. 2102, numero 3.°). Nel silenzio del Codice, gli scrittori disputarono, se potesse ammettersi privilegio anche per le spese fatte pel *miglioramento* dei mobili. Il Grenier propugnò l'affermativa; il Troplong, la negativa. Il Codice italiano, nello stabilimento del privilegio, accomunava le spese fatte pel miglioramento a quelle fatte per la conservazione dei mobili. Vogliamo pure osservare, che il Codice italiano subordina lo sperimento del privilegio a questa condizione: che i mobili conservati o migliorati si trovino ancora presso coloro che fecero le dette spese. Tale condizione non si trova nel Codice francese. Decise la Corte di Catania, non potersi dubitare che fra le spese di conservazione godenti privilegio sui mobili vada annoverata la pigione della casa ove i mobili stessi vennero custoditi. Il locatore della casa può quindi esercitare il suddetto privilegio, facendosi surrogare al locatario, custode giudiziario dei mobili, per ripetere le pigioni che quest'ultimo non avesse soddisfatte. « Non vale il dire che tal privilegio non può competere al locante, perchè egli non ha fatta alcuna spesa per detta conservazione, mentre se è vero che la base

(1) V. Persil, *Régime hypothécaire,* sull'art. 2095; Paris, 1809.

unica di cotale privilegio consiste nel fatto di una constatata conservazione delle cose mobiliari, è vero pure che qualora questa si sia avverata mercè il rinchiudimento in un magazzino, il reclamato benefizio deve concedersi a colui che lo fornì, sia desso il locatore, sia il fittaiuolo. Sicchè per *spesa fatta* per la conservazione della cosa non deve solamente intendersi la *spesa fatta* dal materiale conservatore della stessa, ma quella di cui quest'ultimo ha avuto bisogno per custodirla; e quindi se all'uopo gli fosse servito un locale, è il proprietario di questo che diventa il vero conservatore privilegiato della cosa custodita (1). »

8.° Le somministrazioni e le mercedi dell'albergatore, sopra gli effetti del viandante che sono stati portati e sono tuttora nel suo albergo (art. 1958, num. 8.°). La ragione su cui riposa questo privilegio è evidente. Il Codice dispone, che gli albergatori sono obbligati, come depositari, per gli effetti portati entro i loro alberghi dal viandante che vi alloggia: il deposito di tali effetti deve riguardarsi come un deposito necessario (art. 1866). Inoltre, gli albergatori sono obbligati pel furto o pel danno arrecato agli effetti del viandante, nel caso che il furto sia stato commesso, o che il danno sia stato arrecato dai domestici o dalle persone preposte alla direzione degli alberghi, o da estranei che li frequentano (art. 1867). Era quindi conforme a giustizia che, in corrispettivo di tali obbligazioni, la legge avesse concesso all'albergatore il privilegio sugli effetti del viandante, esistenti ancora nel suo albergo, per le somministrazioni da lui fatte e per le mercedi che gli competono. Carlo Molineo, nel commentario all'articolo 175 della Consuetudine di Parigi, sostiene la teoria, che il privilegio dell'albergatore non si deve ammettere per le spese eccessive che vengono fatte nel suo albergo, perchè contrarie ai buoni costumi. Ecco le sue parole testuali: « Si essent impensae valde superfluae, non venirent, quia sunt contra bonos mores, nec eis favendum est, imo magis puniendum, et praesertim si lex sit sumptuaria. » Tale restrizione non potrebbe certo accettarsi sotto l'impero del Diritto moderno. Alle considerazioni morali che fa il Molineo, rispon-

(1) Corte di appello di Catania; sentenza dei 19 gennaio 1880; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1880, parte I, sez. II, pag. 578.

deremo col Troplong, che l'albergatore non è l'economo dei viandanti che si fermano nel suo albergo (1). Per quanto poi riguarda le *leggi suntuarie* accennate nel testo del Molineo, queste leggi ai nostri tempi non hanno che una importanza storica. Ha insegnato un espositore del nostro Codice, che il privilegio è ricostituito se il viandante dopo breve intervallo torna al medesimo albergo coi medesimi effetti. Ciò che è indispensabile e la legge richiede si è, che gli effetti del viandante *siano nell' albergo*, ossia presso l' albergatore quando s'instaura il privilegio. Che se a principio vi furono e lo sono ancora, *media tempora non nocent;* secondo il quale principio la mutazione non si considera e si ha come non avvenuta (2). Noi non accettiamo questa teoria, e ripetiamo ciò che il Persil osserva sotto l'impero del Codice francese. Il privilegio non è dato all' albergatore se non per le spese fatte durante il soggiorno attuale; quelle fatte in un precedente viaggio non godranno di nessun privilegio « sur les effets apportés et saisis dans le second, et pour celles-ci l' aubergiste seroit encore simplement créancier chirographaire (3). » La circostanza di fatto, accennata dal Borsari, che trattasi dei *medesimi effetti,* non ha nessuna importanza nella risoluzione della quistione.

Osserva il Ricci, sul numero 8.° dell'articolo 1958, che il privilegio non compete a chiunque dia alloggio ad una persona, ma solo a chi esercita la professione di albergatore, essendo che il privato, il quale affitti una camera od un appartamento non è esposto ad affittarla al primo sconosciuto che gli capiti, ed esso, d'altronde, è garantito per effetto del privilegio che gli compete sui mobili dei quali l' inquilino fornisce la camera o l'appartamento. Parimente il privilegio non compete all'albergatore a riguardo di qualunque persona cui dia ricetto, bensì a riguardo del viandante, della persona cioè che giunge da altro luogo, e a cui si dà alloggio, per essersi presentata all'albergo (4). Noi accettiamo questa teoria, aggiungendo che il Codice francese, colla sua chiarissima

(1) V. Troplong, *Ibidem,* num. 202.

(2) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II, § 4171.

(3) V. Persil, *Régime hypothécaire,* sull'art. 2102, num. 5.°; Paris, 1809.

(4) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, num. 115.

locuzione, enuncia evidentemente questo concetto. Statuisce il numero 5.° dell'articolo 2102, che sono privilegiate « les fournitures d'un aubergiste, sur les effets du *voyageur* qui ont été transportés dans son auberge. » Ed era anche più esplicito su questo argomento l'articolo 175 della Consuetudine di Parigi, richiamato dal Baudry-Lacantinerie. In questo articolo, accennandosi al privilegio a guarentigia delle somministrazioni fatte dall'albergatore, si diceva: « Despens d'hosterie, livrez par hostes à *p'lerins* etc. (1). » Quando non si tratta di viaggiatori, di persone cioè più o meno ignote all'albergatore, non ricorre la ragion della legge che spiega la concessione del privilegio. Allorchè si tratta del privilegio del locatore *in invectis et illatis,* il Codice dispone espressamente, che il locatore può sequestrare i mobili su cui cade il privilegio, qualora dalla casa o dal fondo locato siano stati trasportati altrove senza il suo assenso. Questo diritto di sequestro presso terzi si può riconoscere a favore dell'albergatore, a guarentigia del privilegio che gli è dato dal numero 8.° dell'articolo 1958? Non può esser dubbia la risposta negativa, tenuto conto del silenzio del Codice. Anche in questa occasione l'interprete deve richiamare il principio proclamato solennemente nell'articolo 4 delle Disposizioni preliminari. Ma, nell'albergatore, si può ammettere il diritto di ritenzione; vale a dire, si può ammettere il diritto di impedire che gli effetti del viandante siano portati altrove sino a che egli non sia stato pagato delle somministrazioni e delle mercedi, per cui a lui compete il privilegio sopra gli effetti che sono *tuttora* nel suo albergo? Il Codice dispone, nell'articolo 1863, che il depositario può ritenere il deposito sino

---

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, num. 1126; Paris, 1892. La voce *viandante* usata dal nostro Codice designa *colui che fa attualmente viaggio* (V. Rigutini e Fanfani, *Vocabolario italiano della lingua parlata,* verb. *Viandante;* Firenze, 1883). Essa risponde al latino *viator,* e al greco ὁδίτης (V. Manuzzi, *Vocabolario della lingua italiana,* Parte IV, verb. *Viandante;* Firenze, 1865). Osserva il Tommaseo, che chiamasi propriamente *viandante* « chi fa viaggio lunghetto, d'ordinario per necessità; quasi mai per diletto; » e *viaggiatore* colui che « va più a comodo, per faccende o per diporto. » (V. Tommaseo e Bellini, *Dizionario della lingua italiana,* Vol. IV, parte II, verb. *Viandante;* Torino, 1879).

all'intero pagamento di tutto ciò che gli è dovuto per causa del deposito stesso. E l'articolo 1866 statuisce, che gli osti e gli albergatori sono obbligati, come depositari, per gli effetti portati entro i loro alberghi dal viandante che vi alloggia; il deposito di tali effetti deve riguardarsi come un deposito necessario. Avuto riguardo a queste disposizioni, anche sotto l'impero del Codice italiano, si è propugnata da qualche scrittore la tesi sostenuta dal Martou, che all'albergatore spetta il diritto di ritenzione, perchè la legge espressamente lo ammette a favore del depositario. Giusta la teoria accolta dal Laurent, l'albergatore, a presidio del suo privilegio, non può fare altro che agire immediatamente contro il viandante che, prima del pagamento delle somministrazioni e delle mercedi, si propone di trasportare altrove le cose su cui cade il privilegio; assicurate queste cose nei modi di legge, l'albergatore, in caso di concorso di creditori, farà valere il suo privilegio. Noi facciamo proprie le acconce considerazioni del Pacifici-Mazzoni, e son queste. Tutti convengono nell'intento ultimo di non lasciare il privilegio dell'albergatore in balìa della volontà del viandante. La discordanza è nel mezzo. Ma se questo vuolsi quale dev'essere, cioè sempre e certamente efficace, non può essere che il diritto di ritenzione. Imperciocchè qual'è ordinariamente il momento a così dire decisivo? quello della partenza del viandante, il quale vuole recarsi altrove senza pagare all'albergatore il prezzo delle somministrazioni e le mercedi (1). Anche in questa occasione si deve ripetere la sentenza romana, che *ludibrio esse leges non oportet.*

9.° Le spese di trasporto, di dogana e di dazio, sopra gli effetti trasportati che rimangono ancora presso colui che li trasportò, o che sono stati da lui consegnati, semprechè in quest'ultimo caso gli effetti si trovino ancora presso il consegnatario, e l'azione venga promossa entro tre giorni dalla consegna (art. 1958, numero 9.°). La ragione su cui si fonda tale privilegio è data da Cuiacio (Ad L. *Licet* del Codice *qui potiores in pignore*), sulle orme dei giureconsulti romani: « Merces vectae dorso jumentorum, certo conventoque pretio, pro vectura tacite pignoratae sunt, et vecturae causa

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 76.

potentior est, *quoniam sine ea merces salvae pervenire non poterant.* » E qui reputiamo opportuno il far notare, che il Codice italiano ha risoluta una quistione che si agita in Francia, pel silenzio del Codice Napoleone. Questo Codice dispone, che sono privilegiate: « les frais de voiture et les dépenses accessoires, sur la chose voiturée. » (art. 2102, num. 6.°). Gli scrittori discutono, se il privilegio del vetturino permane o si estingue colla rimessione degli effetti trasportati al consegnatario. Il Valette ed il Pont sostengono la sentenza affermativa; il Duranton e il Troplong, la negativa. Il Codice italiano ha resa impossibile la quistione; imperciocchè statuisce espressamente, che il privilegio sopra gli effetti trasportati non si estingue colla consegna, ma li segue presso il consegnatario, purchè l'azione venga promossa entro tre giorni dalla consegna. Il legislatore italiano, con savio consiglio, non ha stabilito in proposito il termine brevissimo di 24 ore dalla consegna, adottato dalla Legge belga dei 16 dicembre 1851. Come bene osserva il Pacifici-Mazzoni (il quale peraltro enuncia una teoria incontroversa nella scuola), il privilegio, di cui al numero 9.° dell'articolo 1958, non compete se non a chi fa il trasporto. Ciò è richiesto dalla lettera e dalla ragione della legge. Chi adunque mi dà a nolo carro e cavalli perchè possa trasportare i miei effetti, non gode di privilegio; ma ha una semplice ragion di credito pel nolo. Del pari se do a nolo carri e cavalli ad un vetturino per fare trasporti, il privilegio si godrà da lui, ma non da me. Peraltro, avuto riguardo all' articolo 1234 del Codice, potrà profittarne, sperimentando le ragioni del vetturino, qual mio debitore (1).

10.° I crediti di indennità per abusi o prevaricazioni commesse dagli uffiziali pubblici nell'esercizio delle loro funzioni sui valori dati per malleveria e sugli interessi che ne fossero dovuti (art. 1958, num. 10.°). I notari e gli agenti di cambio vogliónsi annoverare tra gli uffiziali pubblici menzionati dal Codice. Vi si comprendono ancora gli uscieri, i conservatori delle ipoteche, gli esattori delle imposte. Queste persone, come ben dice il Borsari, appartengono a quelle classi di pubblici

(1) V. Pacifici Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 78.

uffiziali, che « non prestano soltanto la garanzia dell' onore che dovrebbe bastare a tutti, ma danno altresì malleverie contro gli abusi e le prevaricazioni che fossero mai per commettere, e devono servire a indennità di coloro che ne venissero pregiudicati (1). » Perchè si avveri il privilegio ammesso dalla legge al numero 10.° dell' articolo 1958, è necessario il concorso di due condizioni, enunciate chiaramente dalla legge. Prima condizione: deve trattarsi di un credito di indennità per *abusi o prevaricazioni* commesse dagli uffiziali pubblici. Seconda condizione: deve trattarsi di abusi e prevaricazioni *nell'esercizio delle funzioni* affidate ai pubblici uffiziali. Quando manca una di queste due condizioni non si avvera il privilegio. Ecco l'esempio di un caso in cui manca la prima condizione. In tema di testamento pubblico o di testamento segreto il notaio, per negligenza o per ignoranza, ha dimenticata l'osservanza di una formalità dal cui adempimento dipende la efficacia del testamento. Il testamento è annullato. Indubbiamente il notaio deve rispondere verso i gratificati del danno che essi risentono dall'annullamento. Ma il credito che compete per questa causa ai gratificati col testamento non può dirsi privilegiato; imperciocchè non si tratta di un *abuso* o di una *prevaricazione* commessa dal pubblico uffiziale.—Ecco l' esempio di un caso in cui manca la seconda condizione. Tizio mi deve pagare una somma di danaro. Incarico un usciere, mio amico, di recarsi in casa di Tizio per riscuotere la somma; ma mi rivolgo a lui, non come ad un pubblico uffiziale, ma come ad una persona privata, ad un mandatario ordinario. Se l'usciere riceve la somma e se l'appropria, commette sì un abuso, ma non lo commette *nell'esercizio delle funzioni di pubblico uffiziale*. Il credito che certamente mi compete verso di lui non è privilegiato (2). Invece, se io mi rivolgo ad un usciere, perchè proceda ad un protesto cambiario in mio nome; se per avventura si avvera che il debitore paga nelle mani dell'usciere, e costui si appropria la somma, in tal caso indubbiamente mi compete il privilegio, perchè ricorrono ambedue le con-

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano*, Vol. IV, parte II, § 4173.

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, numero 117.

dizioni di fatto cui il Codice ha subordinato la concessione del privilegio (1).

11.° Le somme dovute dai contabili dello Stato, dei comuni o di altri corpi morali per fatti dipendenti dalle loro funzioni, sui valori dati per malleveria e relativi interessi (art. 1958, num. 11.°). Nel Progetto di Codice civile presentato al Senato, questo numero era così espresso: « Le somme dovute dai contabili per fatti dipendenti dalle loro funzioni sui valori dati per malleveria e relativi interessi. » Ma poichè rimaneva qualche dubbio circa il carattere e la qualità degli agenti contabili, la Commissione Senatoria volle designati specificamente i *contabili dello Stato, dei comuni o di altri corpi morali.* Ed anche riguardo a questo numero dell'articolo 1958 noi dobbiamo fare una osservazione che risulta dal testo medesimo della legge: il privilegio non compete per le somme di cui questi contabili possono essere debitori per fatti diversi da quelli che dipendono dalle loro funzioni. Sotto il nome di *contabili* si comprendono tutti gli agenti che hanno l'incarico delle riscossioni e dei pagamenti, o ricevono somme, o hanno maneggio qualsiasi di danaro dello Stato, dei comuni o di altri corpi morali (2). Il Codice parla espressamente dei contabili dello Stato e dei comuni. Serba silenzio intorno ai contabili delle province. Vi sono compresi? Il Pacifici-Mazzoni risponde affermativamente: « Il privilegio compete anche alle provincie benchè non esplicitamente nominate, essendo la causa identica a quella dei comuni (3). » Noi, pur accettando l'opinione propugnata dal Pacifici-Mazzoni, non possiamo certo, trattandosi di privilegi, far ricorso alla ragione che egli ne adduce. Diremo piuttosto con un altro espositore del Codice, col Ricci, che la legge avendo accennato in genere ai contabili dei corpi morali, in essi incontrastabilmente si comprendono i contabili delle provincie (4).

---

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 1133; Paris, 1892.

(2) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 82.

(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 83.

(4) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, numero 118.

Il Codice francese (seguìto dai Codici che preesistevano in Italia) concesse al venditore di cose mobili un duplice diritto: quello di privilegio e l'altro di rivendicazione, nel caso di mancanza di pagamento da parte del compratore (art. 2102, num. 4.º). Valorosi espositori di quel Codice hanno osservato che non è facile, razionalmente, armonizzare i due diritti concessi dalla legge. La rivendicazione riguarda la cosa propria; il privilegio si esercita sulla cosa altrui. Il Codice italiano non ammise il privilegio concesso dal Codice francese, e nell'articolo 1513 (da noi esaminato, parlando delle obbligazioni del compratore) concesse soltanto l'azione di rivendicazione, contemperando l'esercizio della medesima con l'ossequio dovuto ai principî generali del diritto. Alle considerazioni che precedono dobbiamo far seguire il richiamo del numero 3.º dell'articolo 773 del vigente Codice di commercio: « Il credito per il prezzo non pagato delle macchine d'importante valore impiegate negli esercizii d'industria manifatturiera od agricola è privilegiato nel grado indicato nel num. 6.º dell'articolo 1958 del Codice civile sulle macchine vendute e consegnate al fallito nei tre anni precedenti alla dichiarazione di fallimento, ancorchè divenute immobili per destinazione. Questo privilegio non ha effetto, se il venditore non abbia, entro tre mesi dalla consegna delle macchine al compratore nel Regno, fatto trascrivere il documento, da cui risulti la vendita ed il credito, in un registro speciale e pubblico, che dev'esser tenuto nella cancelleria del tribunale di commercio nella cui giurisdizione le macchine sono collocate, nei modi stabiliti con regio decreto. » Come decideva il Supremo Collegio di Torino, il privilegio, di cui al num. 3.º dell'articolo 773 del Codice di commercio, pel credito del prezzo non pagato delle macchine, non sorge se non in caso di fallimento del debitore. « I somministratori delle macchine sono il più delle volte costretti a consegnarle agli industriali senza esigerne contemporaneamente il prezzo, dovendo essi concedere anche lunghe dilazioni al pagamento, e fino a che siasi acquistata la certezza del loro perfetto funzionamento, e quindi l'assicurazione dell'attitudine all'uso a cui sono destinate, ed in ciò il legislatore intravide il pericolo che nel caso di crisi economica del compratore e nella conseguente di lui impotenza a soddisfare a tutte le sue obbligazioni, insorgessero gli altri creditori ed a gravissimo pregiudizio dei fornitori otte-

nessero il pagamento dei loro crediti sul prezzo delle macchine vendute e non pagate, le quali il più delle volte costituiscono il valore principale dello stabilimento industriale od agricolo. Ed a tale pericolo intese ovviare colla disposizione dell'articolo 773, creando un nuovo privilegio, che come tutte le disposizioni le quali non sono di ragione naturale, ma creazioni di diritto positivo, costituiscono, appunto perchè tali, una disposizione eccezionale, il cui esercizio e diritto di valersene devono rimanere nei confini entro i quali essa apparisce circoscritta dalla locuzione in cui è concepita e dallo spirito che la informa. Donde è chiaro che il legislatore ebbe in animo ed ebbe cura di non introdurre modificazioni o variazioni radicali al diritto comune a riguardo dei privilegi sui mobili (1). » La interpretazione data dal Supremo Collegio del numero 3.° dell'articolo 773 Codice di commercio è esattissima; ma non è certo esatto il principio enunciato, come assioma giuridico, che tutte le disposizioni le quali sono creazioni del diritto positivo costituiscono disposizioni eccezionali! Il principio proclamato dalla Corte doveva essere limitato entro l'orbita prefinita nell'articolo quarto delle disposizioni preliminari del Codice civile.

C.

Dell'ordine dei privilegi sopra i mobili.

Il Codice francese ci presenta la classificazione dei privilegi *generali* sopra i mobili, ma non stabilisce nessun criterio per la determinazione della preferenza quando, sugli stessi oggetti, sono in conflitto privilegi *generali* e privilegi *speciali*. Il silenzio da parte del legislatore fu causa della discordanza delle teorie propugnate dagli scrittori in questa materia. Volendo procedere ad una rassegna delle medesime, si possono ridurre a tre. La prima, di cui è vessillifero il Troplong, ritiene che ai privilegi speciali, fondati su ragioni d'interesse privato, si debbono sempre preferire i privilegi generali, che hanno per sostrato considerazioni di alta mo-

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 27 febbraio 1895; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1895, parte I, pag. 278.

ralità. La seconda, di cui è antesignano il Persil, ai privilegi generali antepone sempre i privilegi speciali; imperciocchè, osserva il citato scrittore: « on ne peut concevoir que lorsque le propriétaire a reçu des meubles dans l'appartement qu'il a loué, lorsqu'il a compté sur leur valeur pour le payement de ses loyers, on puisse les lui enlever pour satisfaire un autre créancier (1). » La terza, di cui è a capo il Duranton, giudica impossibile classificare i privilegi, avuto riguardo alla distribuzione che ne fa il Codice in *generali* e *speciali*; l'ordine dei privilegi deve, invece, stabilirsi, tenuto conto di due criteri: la natura dei singoli crediti, il favore maggiore o minore della causa da cui procede lo stabilimento del privilegio.

Nell'anno 1844 fu discusso in Francia un Progetto di riforma ipotecaria. Il Ministro Guardasigilli si rivolse alla Corte di Cassazione, e le propose, fra gli altri, il quesito se era opportuno procedere ad una classificazione dei privilegi sopra i mobili. Il Supremo Collegio rispose negativamente, e giustificò in tal guisa la sua risposta: « Laisser faire au juge est ce qui vaut le mieux. » Il giudice si trova in una posizione più favorevole del legislatore; esso non è obbligato, come il legislatore, a classificare tutti i privilegi legalmente riconosciuti; e, quanto al numero ristretto di privilegi che è chiamato a ordinare, esso ha, come criterio, *les nuances du fait*, *l'instinct du moment*. E poi, se un tribunale s'inganna, il male è isolato e passaggiero, spesso anche un altro tribunale può riparare l'errore. Invece, *si c'est le législateur qui s'égare*, *l'injustice est générale et permanente* (2). Si deve convenire, che il ragionamento della Cassazione francese era abbastanza strano. In ossequio al principio, che l'errore del magistrato è un male isolato e passaggiero, mentre l'errore del legislatore è un male generale e permanente, il Supremo Collegio dovea proporre al Ministro l'abrogazione dei codici e delle altre leggi, per abbandonare lo stabilimento delle regole di diritto, caso per caso, all'autorità giudiziaria!

Il Codice italiano, con ottimo consiglio, stabiliva l'or-

---

(1) V. Persil, *Régime hypothécaire*, sull'art. 2101 del Codice francese; Paris, 1809.

(2) V. *Documents relatifs au régime hypothécaire*, Vol. I, Introd. pag. CIII; Paris, 1844.

dine dei privilegi sopra i mobili, regolando non solo il conflitto tra privilegi generali e privilegi speciali, ma ancora la collisione tra privilegi speciali e privilegi della stessa natura. Osserva il Borsari: « Ciò che non fu mai tentato negli altri codici, venne eseguito nel nostro: descriver ordine ai privilegi (1). » Ciò non è esatto. Il Codice estense, e, anche prima di questo, il Codice Albertino ci presentano la classificazione dei privilegi sopra i mobili. Il Codice estense (articolo 2149) statuisce che i privilegi speciali debbono posporsi ai privilegi generali. Il Codice Albertino (art. 2161) concede ai privilegi generali la preferenza sopra alcuni privilegi speciali, attribuendo ad altri privilegi speciali la prelazione sopra i privilegi generali, avuto riguardo al massimo favore di cui era meritevole la loro causa (2). Vuolsi però riconoscere, che il Codice Albertino ed il Codice estense ci presentano soltanto un tentativo di classificazione; il Codice italiano ci presenta in proposito un sistema quasi completo. Il nostro Codice, nel coordinamento dei privilegi, non accettò integralmente nessuno dei tre sistemi propugnati dagli interpreti del Codice francese. Quindi non ammise la preferenza, come regola, dei privilegi generali sopra i privilegi speciali, o di questi su quelli, e neanche accettò come solo criterio direttivo, nello stabilire la prelazione, la qualità dei crediti accompagnata dal favore della causa. Il legislatore italiano stimò opportuno di tenere anche conto delle condizioni in cui la natura del contratto, dal quale deriva un credito privilegiato, colloca il creditore di fronte ad altri creditori pur favoriti con privilegio (3).

Giusta l'articolo 1959: il privilegio per le spese di giustizia, per atti conservativi e di esecuzione nell'interesse comune dei creditori (num. 1.° dell'art. 1956) è preferito a tutti i privilegi speciali accennati nell'art. 1958. Gli altri privilegi generali indicati nell'art. 1956 (spese funebri, spese d'infermità ecc.) sono parimente preferiti al privilegio generale indicato nell'art. 1957 (crediti dello Stato pei tributi di-

---

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II, § 4175.

(2) V. Chiesi, *Nuovi studi sul sistema ipotecario*, num. 49; Torino, 1863.

(3) V. Luzzati, *Dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 784.

retti), ed insieme con quest'ultimo sono preferiti ai privilegi speciali indicati nei numeri 2, 3 e 4 dell'art. 1958 (crediti dei canoni, delle pigioni e dei fitti, o dipendenti dal contratto di mezzadria), ma sono posposti ai rimanenti privilegi in esso articolo indicati. Giusta l'art. 1960: se concorrono crediti aventi speciale privilegio sopra lo stesso o gli stessi mobili, la prelazione si esercita nell'ordine seguente: Il credito dello Stato è preferito ad ogni altro credito sopra i mobili che furono oggetto dei tributi indiretti (num. 1.° dell'art. 1958). Sopra i frutti dei fondi concessi in enfiteusi, affittati o dati a colonìa, sono preferiti ai crediti del locatore e del colono i crediti: 1.° Per la raccolta; 2.° Per la coltivazione; 3.° Per le sementi; 4.° Pei canoni indicati nel numero 2.° dell'art. 1958 (canoni dell'anno in corso e dell'antecedente). Sopra i mobili di cui è fornita la casa o il fondo, è preferito ai crediti del locatore e del colono il credito delle spese per la conservazione o pel miglioramento dei mobili (num. 7 dell'art. 1958). Ai crediti indicati nel num. 9 dell'art. 1958 (spese di trasporto, di dogana e di dazio) sono preferiti i crediti per le somministrazioni e mercedi dell'albergatore (num. 8 dell'art. 1958).

Avuto riguardo alle norme stabilite dal legislatore negli art. 1959 e 1960, il Pochintesta ha fatto una classificazione completa dei privilegi sopra i mobili, privilegi generali e privilegi speciali; e a noi sembra ch'essa risponda ai criteri dianzi accennati. I privilegi sopra i mobili, nel sistema del Codice, si debbono ordinare nel modo seguente:

1.° Privilegio generale per le spese di giustizia fatte per atti conservativi o di esecuzione sui mobili nell'interesse comune dei creditori (art. 1956, num. 1).

2.° Privilegio speciale dello Stato per i diritti di dogana e di registro, e per ogni altro dazio o tributo indiretto sopra i mobili che ne furono l'oggetto (art. 1958, num. 1).

3.° Privilegio speciale del creditore pignoratizio (art. 1958, num. 6).

4.° Privilegio speciale sui valori dati per malleveria dagli uffiziali pubblici (art. 1958, num. 10).

5.° Privilegio speciale sui valori dati per malleveria dai contabili dello Stato, dei comuni e di altri corpi morali (articolo 1958, num. 11).

6.° Privilegio speciale per le sementi, per i lavori di

coltivazione e raccolta dell' annata, sui frutti della raccolta (art. 1958, num. 5).

7.° Privilegio speciale di chi ha conservato o migliorato un mobile (art. 1958, num. 7).

8.° Privilegio speciale dell' albergatore (art. 1958, numero 8).

9.° Privilegio speciale per le spese di trasporto, di dogana e di dazio (art. 1958, num. 9).

10.° Privilegio generale per le spese funebri (art. 1956, num. 2).

11.° Privilegio generale per le spese d' infermità negli ultimi sei mesi della vita del debitore (art. 1956, num. 3).

12.° Privilegio generale per le somministrazioni di alimenti fatte al debitore, per lui e per la sua famiglia, negli ultimi sei mesi, e per i salari delle persone di servizio per egual tempo (art. 1956, num. 4).

13.° Privilegio generale dello Stato per ogni tributo diretto dell'anno in corso e dell'antecedente (art. 1957).

14.° Privilegio speciale dei canoni sopra i frutti del fondo enfiteutico (art. 1958, num. 2).

15.° Privilegio speciale del locatore sopra i frutti ed i mobili (art. 1958, num. 3).

16.° Privilegio speciale pei crediti dipendenti dal contratto di mezzadria (art. 1958, num. 4) (1).

L'applicazione delle regole statuite dal Codice, circa l'*ordine dei privilegi sopra i mobili,* si avvera soltanto nel caso che siavi concorso fra diversi privilegi. In altre parole, si richiede la esistenza di più crediti privilegiati, sugli stessi mobili e contro lo stesso debitore. Deve quindi approvarsi un pronunziato della Corte di Cassazione di Firenze, che respingeva la pretesa di un subaffittuario, il quale chiedeva di essere collocato, per spese di sementi e coltivazione, innanzi al locatore, che, in rapporto ai frutti, faceva valere il privilegio pei fitti dovutigli dall'affittuario originario. Il subaffittuario, seminando e coltivando il fondo, non diventa creditore dell'affittuario, e costui, allo stesso titolo, non acquista una ragion di credito contro il locatore. E l'affittuario e il subaffittuario seminano e coltivano il fondo nell'interesse proprio. « Di fronte al primo locatore, il quale eser-

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 88.

cita il suo privilegio sui frutti, il subaffittuario si considera come la persona stessa dell'affittuario, o, in altri termini, i frutti percetti dal subaffittuario si hanno a ritenere quasichè fossero percetti dall'affittuario medesimo, come diceva Paolo, nella L. 24, D. *locati conducti* (19,2): « Si colonus locaverit fundum, fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent si primus colonus eos percepisset. » Ora, come il primo affittuario debitore non potrebbe al certo far valere contro il suo locatore un privilegio sui frutti per le spese di coltivazione e di sementi, così nol può il subaffittuario che rappresenta la di lui persona. Invano s'invoca l'art. 1960 del Codice civile, nel quale è disposto che il privilegio del locatore sui frutti, in caso di concorso, è posposto ai crediti per la raccolta, per la coltivazione e per le sementi. Invero, perchè possa legalmente parlarsi di concorso di creditori privilegiati, e farsi tra loro questione di preferenza, è necessario che essi siano tutti creditori di uno stesso debitore, ossia, che ciascuno di essi abbia un titolo munito di privilegio esperibile sopra un subietto comune. Niun dubbio, che se un terzo fosse divenuto creditore dell'affittuario, per avere supplito del proprio alle spese di sementi e di coltivazione, o di raccolta, senza le quali l'affittuario non avrebbe percetto i frutti, questo creditore, venendo in concorso col locatore, avrebbe dovuto ottenere preferenza nella distribuzione del prezzo dei frutti medesimi. Ma, nella specie del fatto, il subaffittuario, seminando e coltivando il fondo, seminò e coltivò nel suo proprio interesse, nè per conseguenza venne mai ad acquistare un credito contro l'affittuario, e non avendo credito contro costui, non è dato concepire come egli possa pretendere al privilegio, che altro non è se non una qualità adiettizia del credito (1). »

---

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 19 febbraio 1874; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1874, parte I, pagina 139. Osservano in proposito i compilatori degli *Annali:* « Il subaffittuario di un fondo rustico non è un sovventore di semi o un sovventore di pecunia per la coltivazione e per la raccolta dei frutti. Egli *sibi serit, sibi colit,* e non diviene creditore dell'affittuario per questi titoli; non avendo perciò un credito di *spese di sementa e coltivazione*, non può contrastare il privilegio che il padrone del fondo esercita sui frutti per essere pagato della *mercede di affitto.* »

I crediti per la raccolta, per la coltivazione e per le sementi hanno la preferenza sui crediti del locatore e del colono; il Codice statuisce, in termini espressi, la prelazione. Ma si può avverare l'ipotesi che, in rapporto ai crediti preferiti dalla legge, si trovino tre diversi creditori. Tra di essi si deve ammettere *concorso*, ovvero *ordine di privilegi?* La Corte di Cassazione di Napoli ha deciso, che si debba ammettere ordine di privilegi; quindi il privilegio per la coltivazione è poziore al privilegio per le sementi. Vogliamo riferire integralmente il pronunziato della Cassazione napoletana: « Nella letterale dizione dell'art. 1960 Codice civile si rinviene la soluzione della proposta questione, risguardante la contesa preferenza del privilegio delle spese di coltura su quelle delle sementi; imperocchè mentre l'uno occupa il numero 2.°, ed è posposto alle spese di raccolta, l'altro figura nel num. 3.° Codesto ordine succedaneo e progressivo, dopo la formale sanzione nello stesso articolo racchiusa, di doversi cioè con quell'ordine appunto collocare i diversi crediti rappresentanti privilegio sui medesimi mobili, toglie ogni occasione di dubitare allo stesso scetticismo personificato. I privilegi costituiscono una eccezione di fronte al principio generale, che nei beni del debitore riconosce la guarentigia comune dei diritti dei creditori tutti, e, come eccezione, bisogna applicarla negli stretti termini, co'quali vien dalla legge sancita. Inutilmente s'invoca l'art. 1958, num. 5, dello stesso Codice, in cui vedesi il privilegio simultaneamente conceduto al credito per semente, ed a quello di coltivazione e di raccolta, per conchiudere che dovrebbero, in peggior lettura, ammettersi col medesimo grado tutti tali crediti. La legge, dopo avere distinto in generali e speciali i privilegi sui mobili (art. 1955), tratta in un primo paragrafo di quelli generali, li descrive minutamente, e determina pure il rango spettante a cadauno di essi (art. 1956 e 1957). Passa di poi nell'altro paragrafo ad occuparsi dei privilegi speciali, e si limita unicamente a designarli, senza determinare il rango di essi (art. 1958). Vien quindi il terzo ed ultimo paragrafo, la di cui epigrafe rivela di esser sua materia l'*ordine dei privilegi sui mobili;* ed è in questo paragrafo appunto che prendon posto gli art. 1959 e 1960, i quali nell'urto ed attrito, sia dei privilegi generali coi speciali, sia di questi fra loro, nettamente stabiliscono il rango di ciascuno. Nel con-

corso dunque di più crediti privilegiati sopra gli stessi mobili, il concetto di preferenza desumersi non può che da questi ultimi articoli, i soli che di tale obietto si occupino. Ed aggiungasi, che se potesse invece farsi caso dell' art. 1958, ne deriverebbe la più deplorevòle delle contraddizioni; avvegnachè in questo la semente, la coltivazione e raccolta segnano il num. 5 dopo il credito dei canoni e dei fitti, mentre per lo contrario, nell' art. 1960, questi medesimi crediti dei canoni e fitti prendono rango posteriore alle spese di raccolta, di coltivazione e semente (1). »

Abbiamo osservato superiormente, che il Codice italiano presenta un sistema *quasi* completo dell'ordine dei privilegi sopra i mobili. Dobbiamo giustificare la ragione dell'avverbio. Il legislatore, nel determinare l'ordine dei privilegi, ha serbato silenzio circa i privilegi indicati nei numeri 6, 10 e 11 dell'art. 1958. Il silenzio circa i privilegi indicati nei due ultimi numeri dell'art. 1958 è spiegato benissimo da questa ragione, che i medesimi non si possono trovare in conflitto con altri privilegi. Ma lo stesso non può affermarsi in rapporto al privilegio cbe promana dal pegno: esso può trovarsi in collisione col privilegio stabilito a guarentigia delle spese fatte per la conservazione dei mobili. Il legislatore, nella prima parte dell'art. 1885, statuisce che il creditore è responsabile, secondo le regole stabilite nel titolo delle obbligazioni e dei contratti in genere, della perdita o del deterioramento del pegno avvenuto per sua negligenza. E soggiunge nel capoverso: « Il debitore deve dal canto suo rimborsare il creditore delle spese occorse per la conservazione del pegno. » Adunque il creditore ha il diritto di fare le spese necessarie per la conservazione del pegno; imperciocchè è del suo interesse impedire la perdita o il deterioramento di esso. Ora si può avverare che la condizione del possesso si trovi tanto presso il creditore pignoratizio, che presso l'artefice. Costui possiede i mobili per sè, per quanto concerne il suo privilegio, e possiede pel creditore pignoratizio, per quanto concerne il diritto di pegno. E l' artefice può far valere il suo privilegio, anche quando le spese per la conservazione dei mobili siansi ordinate dal creditore pignoratizio. Ciò premes-

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 5 febbraio 1876; negli *Annali*, anno 1876, parte I. pag. 194.

so, verificandosi il conflitto del privilegio dell'artefice che ha conservato i mobili col privilegio di colui che ha in pegno i mobili medesimi, sembra che debba concedersi la prelazione al privilegio dell'artefice. Questa teoria è accolta dal Pacifici-Mazzoni e dal Borsari. Le spese, garantite dal num. 7.° dell'art. 1958, conservarono i mobili non solo al proprietario, ma anche al creditore pignoratizio, per le loro rispettive ragioni. E si può addurre un altro argomento, a conforto dell'accolta interpretazione, un argomento di analogia. Il credito che ha per causa le spese fatte per la conservazione dei mobili, è, per legge, preferito ai crediti del locatore e del colono sopra i mobili di cui è fornita la casa o il fondo, e che sono soggetti a privilegio per causa di *pegno tacito*. Informandosi al criterio del legislatore, ricorrendo l'*eadem legis ratio*, l'interprete deve propugnare l'applicazione della stessa regola, trattandosi del pegno espresso. E poi, il creditore pignoratizio, consegnando le cose mobili all'artefice, le ha mantenute nel suo possesso col mezzo dello stesso artefice, suo commesso e mandatario. Egli ha fatto l'interesse proprio, e anche quello degli altri creditori, conservando un capitale che altrimenti sarebbe perito. Non avendo pagata la commissione, dovrà insieme agli altri creditori sopportare una diminuzione sul prezzo a favore dell'artefice, il cui credito è stato privilegiato, perchè *salvam fecit totius pignoris causam* (1).

II.

Dei privilegi sopra gli immobili.

Nel sistema del Codice francese molti sono i privilegi sopra gli immobili; questo sistema fu abbandonato dai redattori del Codice italiano. Dichiarò in proposito il Pisanelli nella *Relazione ministeriale*: « Fermato il principio generale che ogni privilegio va esente dall'obbligo dell'iscrizione, dovechè ogni ipoteca non si conserva che mercè la iscrizione,

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 88.—Borsari, *Comm. del Codice civile italiano*, Vol. IV, parte II, § 4176.

si venne di poi a recidere ed eliminare i principali privilegi sugli immobili (*ammessi dal Codice francese*), taluno lasciando sparire addirittura, tal altro comprendendolo fra le ipoteche legali. Così, il privilegio del venditore sull'immobile alienato pel pagamento del prezzo, non meno che il privilegio del condividente per lo pareggiamento delle quote, vennero entrambi depennati dalla categoria dei privilegi, allogandosi nella serie delle ipoteche legali. Fu negata recisamente accoglienza così al privilegio del prestatore che somministri danaro per pagare il prezzo di un immobile, ovvero per soddisfare un creditore privilegiato, come al privilegio dell' imprenditore o dell' architetto. » Per quanto concerne il prestatore, costui può, senza bisogno del privilegio, ottenere la surrogazione nei diritti, privilegi ed ipoteche del creditore soddisfatto. Per quanto riguarda l'imprenditore e l'architetto, costoro trovano agevole il modo da garantire le loro ragioni di credito mercè l'ipoteca convenzionale, comprensiva eziandio dei miglioramenti e delle accessioni indotte all'immobile ipotecato.

Il nostro Codice non riconosce che *due* privilegi sopra gli immobili: quello per le spese di spropriazione e di graduazione, e quello dello Stato pel tributo sì diretto come indiretto. Il Pacifici-Mazzoni ritiene che, nel sistema del Diritto italiano, i privilegi sopra gli immobili sono quattro; i primi tre principali e l'ultimo sussidiario. I *principali* sono concessi: 1.° Alle spese del giudizio di spropriazione degli immobili e di quello di graduazione; 2.° Ai crediti dello Stato pel tributo fondiario; 3.° Ai crediti dello Stato per diritti di registro e per ogni altro tributo indiretto sopra immobili. Il privilegio *sussidiario* sopra gli immobili è ammesso a favore dei crediti indicati nell'art. 1956 (1). Ma noi non possiamo accettare questa moltiplicazione di privilegi in rapporto agli immobili. Non ci sembra opportuno riconoscere un duplice privilegio a favore dello Stato, secondochè è stabilito a guarentigia del tributo fondiario o di un tributo indiretto. Circa poi il *privilegio sussidiario*, giusta la terminologia del Pacifici-Mazzoni, giova sin d'ora osservare, che la prelazione concessa dall'art. 1963 non può essere qualificata

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 91.

un *privilegio* nel significato proprio di questa parola; imperciocchè i crediti, indicati nell'art. 1956, a vantaggio dei quali si concede la prelazione, sono preferiti soltanto ai crediti chirografari. Ora il privilegio è tal causa di prelazione, che il credito a favore del quale è ammesso vince qualunque altro credito, nella distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata.

A) *Privilegio per le spese del giudizio di spropriazione degli immobili e di quello di graduazione.* — Il credito per le spese del giudizio di spropriazione degli immobili e di quello di graduazione, fatte nell' interesse comune dei creditori, è privilegiato sopra gli immobili spropriati, ed è preferito a qualunque altro credito (art. 1961). Come dichiarò il Pisanelli, le spese indicate nel riferito articolo del Codice sono fatte nell'interesse di tutti i creditori: sono il mezzo indispensabile per rendere operativo il diritto di prelazione spettante a ciascuno dei medesimi. Tenuto conto delle parole adoperate dal Codice, e avuto anche riguardo ai principî razionali, il privilegio è concesso a favore delle spese fatte *nell'interesse comune dei creditori;* cioè a dire, il privilegio è concesso a favore di quelle spese che uno dei creditori ha fatte, ma che ogni altro creditore avrebbe dovuto fare per raggiungere lo scopo della spropriazione del comune debitore. La prelazione concessa dal Codice è dunque confortata da un dettame evidentissimo di giustizia.

L'art. 1956, num. 1.°, concede privilegio sulla generalità dei mobili ai crediti riguardanti « le spese di giustizia fatte *per atti conservativi* o di esecuzione nell'interesse comune dei creditori. » L'art. 1961 concede privilegio sopra gli immobili ai crediti « per le spese del giudizio di spropriazione e di quello di graduazione. » La locuzione usata nell' art. 1961 ha un significato più angusto di quella adoperata al num. 1.° dell'art. 1956. Ma il Luzzati avverte in proposito, che la locuzione *giudizio di spropriazione* deve interpretarsi, non già nel significato che può esserle attribuito in relazione ai principî della procedura civile, ma in quello che, in realtà, sembra essere stato con maggiore evidenza presente al pensiero del legislatore: la effettuazione della espropriazione del debitore. Secondo gli stretti termini della procedura, il vero *giudizio di espropriazione* non incomincia se non colla istanza colla quale si promuove la vendita dei beni

immobili indicati nel precetto. Si vorrà dire, applicando letteralmente l'art. 1961, che il privilegio non riguarda le spese del precetto e della sua trascrizione, imperciocchè e il precetto e la trascrizione del medesimo non fanno parte del vero giudizio di spropriazione? Si consacrerebbe evidentemente un assurdo. Quello che è interesse particolare finchè il vero giudizio di espropriazione non è iniziato, diventa interesse generale quando alla fase preliminare del giudizio succede quella della espropriazione effettiva (1).

Noi accettiamo integralmente questa dottrina. La giurisprudenza, nell'applicare l'art. 1961 del Codice, si è informata allo stesso criterio. Vogliamo richiamare le più notevoli massime che a tal riguardo sono state accolte nelle decisioni dell'autorità giudiziaria.

1.° Il privilegio concesso dall'art. 1961 del Codice civile alle spese del giudizio di spropriazione, si applica non solo a quelle erogate dal creditore per la vendita, ma eziandio a quelle erogate dal deliberatario (2).

2.° Le spese per la copia del titolo esecutivo, della sua notificazione, della sua spedizione in forma esecutiva, quelle del precetto al debitore ed al terzo possessore, sono spese inerenti al primo atto di esecuzione sopra i beni immobili, fanno parte del procedimento esecutivo, sono fatte nell'interesse comune dei creditori, e come tali sono privilegiate ai sensi dell'art. 1961 del Codice civile (3).

3.° Le spese erogate dal creditore espropriante, per ottenere la reiezione di una domanda di separazione proposta da un terzo, sono a reputarsi fatte a vantaggio comune dei creditori, epperò devono da questi venire rimborsate all'espropriante, giusta l'art. 1961 del Codice. « Non monta che, nel respingersi la detta domanda in separazione, sia stata condannata alle spese la parte soccombente; cosiffatta circostanza non può condurre ad altre conseguenze se non a queste, che il creditore istante abbia due vie a rivalersene: o domandarle con privilegio in graduazione, o ripeterle dall'attore in se-

---

(1) V. Luzzati, *Dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 799.

(2) Corte di appello di Bologna; sentenza dei 17 settembre 1876; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1877, parte II, pag. 105.

(3) Corte di appello di Brescia; sentenza dei 22 aprile 1879; nel *Monitore dei tribunali,* Vol. XX, pag. 584.

parazione, e che nel caso prescelga la prima, il ceto dei creditori e per essi gli ultimi incapienti possano avvalersi della seconda (1). »

4.° Sono privilegiate sul prezzo dei beni espropriati anche le spese che un creditore abbia fatte per ottenere la surroga nel giudizio esecutivo, e quelle intese a limitare la vendita ai beni che avesse investiti col suo precetto, e a sospenderla riguardo agli altri beni che avesse investito il primo creditore istante, e per i quali fosse fatta opposizione dai terzi (2).

5.° Sono spese del giudizio di espropriazione, e fatte nell'interesse comune dei creditori, quelle che l'istante eroga per iniziare e condurre a compimento l'espropriazione, comprese anche quelle spese che l'istante ha dovuto sostenere per far respingere gli incidenti sollevati dal debitore e dai terzi contro l'espropriazione; essendo le spese di siffatti incidenti state necessarie per rimuovere gli ostacoli che si frapponevano al compimento della espropriazione, ch'è dell'interesse comune dei creditori, i quali così riescono ad ottenere, per quanto è la capienza del prezzo della vendita, la soddisfazione dei loro crediti; soddisfazione che perciò devono attribuire alle spese, sia ordinarie, sia straordinarie, anticipate dal creditore istante (3).

6.° Le spese che derivano da eccezioni non fondate del debitore sono a considerarsi spese di espropriazione, e fatte nell'interesse comune dei creditori; inquantochè, senza rimuovere simili eccezioni, non è possibile arrivare alla vendita forzata dei beni. Sono quindi da collocarsi per privilegio, insieme agli accessori relativi, sul prezzo di tutti i beni esecutati (4).

7.° Le spese necessarie fatte dall'amministratore giudiziario durante l'espropriazione in vantaggio di tutti i credi-

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 24 febbraio 1880; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1880, parte I, pag. 999.

(2) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 17 marzo 1881; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1881, parte I, pag. 123.

(3) Corte di appello di Perugia; sentenza dei 15 dicembre 1884; nella *Legge,* anno XXV, Vol. I, pag. 520.

(4) Corte di appello di Venezia; sentenza degli 11 ottobre 1887; nella *Legge,* anno XXVII, Vol. II, pag. 702.

tori, e coll'assentimento di questi e dell'autorità giudiziaria, godono del privilegio di cui all'articolo 1961 Codice civile. « Di vero, se l'amministratore giudiziario, legalmente nominato, facesse domanda al tribunale di contrarre un mutuo per restaurare un fabbricato crollante e questo con l'intervento del creditore istante lo autorizzasse; ed anco se con l'intervento ed autorità dello stesso tribunale il medesimo amministratore fosse obbligato a somministrare gli alimenti al debitore, chi oserebbe negare che tali spese si dovessero prelevare dalla massa a favore del detto amministratore, sia per l'azione nascente dal mandato, sia per quella dell'utile gestione (1)? »

8.° Le spese di esecuzione immobiliare e di graduazione, anticipate dall'Erario per un creditore espropriante ammesso al gratuito patrocinio, debbono essere collocate con privilegio sul prezzo ritratto dalla vendita, ancorchè questo non ammonti al sestuplo delle spese stesse, a norma dell'articolo 5 della Legge 19 luglio 1880: « Se l'articolo 1961 Codice civile contiene una regola generale per tutti i casi di giudizio di subastazione e di graduazione, nei quali accorda il privilegio sulle somme distribuende alle spese in essi fatte dai promoventi, e se invece nell'articolo 5 della Legge del 19 luglio 1880 (2), è regolato lo specialissimo diritto di ricupero delle spese anticipate dall'Erario pel povero nei giudizi che esso promuove col beneficio dei poveri, ciascuna disposizione può trovare giusta applicazione nei congrui casi, senza che l'una debba far tacere l'altra. E se nel caso presente il giudizio si è promosso dal povero col beneficio delle spese annotate a

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 28 luglio 1891; nel *Foro italiano*, anno 1891, parte I, pag. 1300.

(2) Riferiamo il testo di questo articolo della Legge del 1880: « L'azione di ricupero, stabilita a carico della persona ammessa al gratuito patrocinio dagli articoli 140 e 25 delle leggi sulle tasse di registro e bollo (*ad esempio, diritti non esatti, bolli non adoperati*), potrà essere esercitata verso la persona stessa per tutte le tasse e diritti ripetibili, quando per sentenza o transazione abbia conseguito un valore eccedente il sestuplo delle dette tasse e diritti. Quanto alle spese anticipate dall'Erario (*ad esempio, indennità di testimoni e di periti*), il povero sarà tenuto a rimborsarle con la somma o valore conseguito, qualunque esso sia. »

credito dell' Erario, con ciò egli ottenne di poter fare valere al pari del ricco le sue ragioni in giustizia, ma non già di aver garantito coll' esposizione delle spese fatte dall' Erario nell' interesse comune di tutti i creditori dell' espropriato il pagamento del suo credito, la utile esazione del quale poteva dipendere dalla realizzazione del prezzo dei beni posti in vendita. E poichè la stessa Corte di merito ammette a favore dell' Erario il privilegio quando vi fosse concorso di altri creditori, e il povero dovesse rimanere incapiente, per essere primeggiato da altro di questi che assorbisse tutto il prezzo, non si vede ragione per cui il privilegio debba tacere quando, essendo unico il povero comparso, per insufficienza di prezzo deve perdere tutto o parte del suo credito. Accade a lui come avviene pel ricco che promuove a sue spese la subasta, e che talvolta appena ricupera le spese anticipate, senza nulla percepire del suo credito (1). »

9.° Le spese del giudizio di rivendita non debbono essere direttamente ripetute dal creditore che le ha anticipate contro l'aggiudicatario inadempiente, ma debbono prelevarsi con privilegio sul prezzo di rivendita. « Costituendo la rivendita uno degli stadi del giudizio di espropriazione, non può dirsi fatta nell'interesse di un singolo creditore, potendo giovarsene qualunque altro creditore, e torna in conseguenza applicabile il principio statuito nell' art. 1961 Codice civile, per le spese del giudizio di spropriazione e graduazione, fatte nell'interesse comune dei creditori. Le spese della rivendita, al pari di quelle che si fanno contro il debitore spropriato, sono indispensabili per conseguire il pagamento del prezzo contro l'aggiudicatario inadempiente, e se sono anticipate da un solo dei creditori, è di giustizia ed equità che ne sia innanzi tutto rimborsato, perchè gli altri creditori interessati non ne profittino in danno del primo. Concorrendo dunque nelle spese della rivendita la stessa causa di utilità nell'interesse di tutti gli altri creditori, che han diritto di partecipare al prezzo dovuto dal deliberatario, deve per identità di ragione valere lo stesso privilegio nei loro rapporti (2). »

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 12 marzo 1895, a sezioni unite; nel *Foro italiano,* anno 1895, parte I, pag. 484.

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 18 aprile 1895; nel *Foro italiano,* anno 1895, parte I, pag. 656.

Ma non si possono annoverare tra le spese fatte nell'interesse comune dei creditori quelle erogate per costruzioni, riparazioni e migliorie eseguite negli immobili espropriati prima della espropriazione. E, veramente, nel silenzio della legge è impossibile aggiungere e creare un ulteriore e nuovo privilegio pei crediti che derivano da tale causa. Il silenzio della legge in proposito deve essere equiparato ad espressa esclusione, quando si consideri che a questi crediti il Codice albertino ed altri Codici della penisola concedevano privilegio. A conforto dell'opposta opinione, invano si pretenderebbe ricorrere ad un argomento di analogia, desumendolo dall'articolo 1961. La differenza che passa tra le spese sostenute dal creditore procedente nei giudizi di spropriazione e di graduazione, e le somme che un terzo ha per avventura erogate nel restaurare o migliorare l'immobile in epoca anteriore agli atti esecutivi, e quando il debitore ne era tuttavia libero ed assoluto proprietario, è talmente grande da non permettere il più lontano confronto. Non bisogna poi dimenticare che si versa in tema di privilegio; il quale, costituendo un'eccezione alla regola generale, non può estendersi oltre i casi tassativamente indicati. Parimente con non miglior successo si sosterrebbe che, dalle opere eseguite sull'immobile, ne ricavano giovamento i creditori, i quali, ove non valesse il privilegio, ne ritrarrebbero un indebito lucro, dividendosi l'intero prezzo della vendita. Altro è il credito, altro il privilegio; potrà anche ammettersi, che chi ha somministrato le somme necessarie alla riparazione e al miglioramento dell'immobile abbia l'azione *negotiorum gestorum* in confronto dei creditori iscritti; ma non può invece ammettersi che, in opposizione a ciò che la legge tassativamente dispone, gli competa un privilegio sul prezzo (1).

Il privilegio competente per le spese del giudizio di espropriazione ha luogo anche quando la vendita non si effettui agli incanti, sibbene privatamente dal debitore col consenso dei creditori; consenso espresso da parte di alcuni fra essi, e tacito da parte degli altri, i quali non proseguono il giudizio, e non insorgono, come pure ne avrebbero il diritto, contro la vendita, per farne dichiarare la nullità. In questo caso, os-

(1) Corte di appello di Roma; sentenza dei 16 novembre 1888; nella *Temi Romana*, anno 1888, pag. 418.

servò il Supremo Collegio di Roma, la vendita privata si sostituisce alla giudiziale; il compratore a certi effetti tien luogo dell'aggiudicatario all'incanto; e i creditori che l'hanno consentita od accettata procedono alla graduazione e distribuzione del prezzo di vendita in via amichevole, per evitare le spese di un secondo giudizio. Ma non per questo si mutano i rispettivi loro diritti di prelazione sul prezzo. Anche quando la vendita è volontaria, lo scopo del giudizio si è raggiunto coll'eccitamento dato al debitore cogli atti esecutivi a devenire alla soddisfazione dei suoi debiti con un mezzo simile, se non identico, a quello indicato dalla legge (1).

B) *Privilegio dello Stato pel tributo sì diretto come indiretto.* — Sono parimente privilegiati i crediti dello Stato pel tributo fondiario dell'anno in corso e dell'antecedente, comprese le sovr'imposte comunali e provinciali, sopra gli immobili tutti del contribuente situati nel territorio del comune in cui il tributo si riscuote, e sopra i frutti, i fitti e le pigioni degli stessi immobili, senza pregiudizio dei mezzi speciali d'esecuzione autorizzati dalla legge. Hanno pure privilegio i crediti dello Stato pei diritti di registro e per ogni altro tributo indiretto sopra gli immobili che ne furono l'oggetto. Tale privilegio non può pregiudicare ai diritti reali di ogni genere acquistati sul fondo dai terzi, prima del trasferimento soggetto alla tassa, e non può neppure farsi valere contro i terzi possessori dell'immobile per supplemento di tassa. Lo stesso privilegio inoltre, per quanto riguarda le tasse di successione, non ha effetto a danno dei creditori ipotecari del defunto che hanno iscritto la loro ipoteca nei tre mesi dalla morte di lui, e nemmeno a danno dei creditori che hanno esercitato il diritto di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede (art. 1962). Dello stabilimento di questo privilegio così dava ragione il Pisanelli, nella *Relazione ministeriale*, da noi in questa materia più volte richiamata: « Non si poteva prescindere, nell'interesse della pubblica finanza, dal privilegio per la riscossione dei tributi che colpiscono l'immobile: tutte le vigenti legislazioni lo hanno riconosciuto e sanzionato. Quanto al tributo diretto, il privilegio compete soltanto per quello dovuto per l'anno corrente ed il

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 25 aprile 1891; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1891, parte I, pag. 410.

precedente, ma si esercita indistintamente sopra tutti gli immobili posseduti dal debitore nel territorio dello stesso comune. Nel ruolo delle contribuzioni di ciascun comune, il debito del contribuente, rispetto al percettore, essendo rappresentato da una sola cifra, benchè composta dei singoli tributi imposti a ciascun fondo, non si potrebbe essa scomporre nelle sue singole frazioni, senza complicare di troppo il pronto andamento dell'amministrazione finanziaria. Quanto al tributo indiretto, ora conosciuto sotto il nome di registro, il privilegio dovendo essere indivisibile come l'ipoteca, si può esercitare per l'intero debito sopra ciascuno degli immobili che formarono oggetto di un solo contratto. » La tassa di successione è dovuta allo Stato dai successori universali e particolari; da coloro cioè che succedono sia nell'*universum jus* del defunto, sia *in rem aliquam singularem*. Un dettame di giustizia imponeva al legislatore lo stabilimento della regola fermata nell'ultimo capoverso dell'art. 1962: il privilegio che compete allo Stato per la tassa di successione non ha effetto a danno dei creditori del defunto che hanno prestato osservanza alle formalità dal Codice indicate: iscrizione dell'ipoteca nei tre mesi dalla morte del defunto, ovvero esercizio del diritto di separazione.

Una legge, emanata in Francia il 12 novembre 1808, ammette il privilegio del Tesoro pel tributo fondiario unicamente sui frutti degli immobili. A tal riguardo si disse dal Presidente della Commissione nominata dal Corpo Legislativo: « I beni che possediamo non appartengono allo Stato; noi siamo ad esso debitori di una parte delle rendite, per assicurarci il godimento di ciò che ne resta. Laonde il Tesoro non potendo pretendere per la contribuzione fondiaria se non una parte dei frutti della terra, esso non deve esercitare il suo privilegio se non sopra questi medesimi frutti (1). » Nel seno della Commissione Coordinatrice delle disposizioni del Codice civile italiano, venne in discussione il quesito, se non fosse logico di limitare ai soli frutti il privilegio indicato nell'art. 1962. Si accolse la sentenza negativa, ritenendosi che: « sebbene sia vero che il tributo verso lo Stato è un peso imposto ai soli frutti, tuttavia sembra indispensabile esten-

(1) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques,* num. 96.

dere il detto privilegio anche sugli immobili stessi, onde la pubblica finanza non ne abbia nocumento (1). »

Il Supremo Collegio di Roma ha dovuto esaminare alcune importantissime quistioni, che nella pratica sono sorte in applicazione della prima parte dell'art. 1962, dove è stabilito il privilegio dello Stato pel tributo fondiario. Le risoluzioni accolte ci sembrano esattissime: il diritto dello Stato si trova colle medesime garantito, ma senza quelle inconsulte esagerazioni che non sono consentite dai veri principî della economia sociale.

1.° Il privilegio dello Stato colpisce tutti i frutti degli immobili del contribuente a cui il privilegio si riferisce: così i frutti pendenti, che dall'art. 411 del Codice civile sono dichiarati immobili e reputati una parte del fondo, come quelli raccolti e separati dal suolo, i quali, se non siano trasportati altrove, possono, non ostante l'affittamento del fondo, essere direttamente colpiti dagli atti esecutivi promossi dall'esattore. Vano è il pretendere limitato il privilegio dello Stato ai soli frutti non peranco raccolti e separati dal suolo. L'articolo 1962 non distingue i frutti pendenti da quelli raccolti e separati dal terreno; e quando solo ai frutti pendenti fosse limitato il privilegio, era un fuor d'opera il dichiarare colpiti, oltre gli immobili, anche i loro frutti, i quali peranco non raccolti o separati dal suolo sono immobili, sono una parte del fondo medesimo. Vana è del pari la pretesa, che i frutti separati dal suolo, essendo propri del conduttore che non è debitore dell'imposta nè di fitti verso il locatore, non possono essere colpiti dagli atti dell'esattore; il privilegio reale competente allo Stato prevale al diritto personale proprio del conduttore, perchè l'esattore direttamente, non ostante il contratto di affitto, può procedere sopra i frutti del fondo affittato colpiti dal privilegio stabilito dall'art. 1962 Codice civile, e perchè quei frutti appartengono al conduttore non *jure proprio*, ma quale surrogato nei diritti del locatore, contro del quale ha il diritto di rivalersi sulle pensioni dovute, non quello di soprapporsi al privilegio dello Stato, che costituisce un diritto sociale d'interesse pubblico (2).

---

(1) Verb. num. 41 della Commissione Coordinatrice.

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 26 luglio 1883; nel *Foro italiano,* anno 1883, parte I, pag. 965.

2.° Con l'aggiudicazione e col giudizio di graduazione cessa il privilegio costituito per legge sull'immobile a garantìa del tributo fondiario; e quindi tale privilegio non si può far valere contro il terzo aggiudicatario dell'immobile. Vero è che nè il Codice civile, nè il Codice di procedura civile hanno una espressa sanzione, che dichiari acquistarsi dall'aggiudicatario il fondo purgato dagli oneri ipotecari e di privilegio riflettenti le obbligazioni del debitore espropriato. Ma è da considerare, che tutte le disposizioni relative al giudizio di graduazione sono informate a codesto principio; tanto, che non solo è disposta la radiazione di tutte le ipoteche, comprese quelle dei creditori decaduti o non comparsi (art. 720 Cod. proc. civ.); ma persino si fa luogo al riscatto dei censi e delle rendite perpetue, ed i crediti con mora diventano esigibili (art. 2090 Cod. civ.). Che se non vi si fa menzione del privilegio del quale si tratta, non è già perchè si ritenga possa sopravvivere alla graduazione, e passare a carico dell'aggiudicatario, ma perchè la prevalenza che ha per legge su tutte le ipoteche, senza bisogno delle forme conservatorie e senza limitazione di grado, esclude per esso la ragione delle ordinanze di collocamento e di radiazione, assicurandogli invece il pagamento immediato sul prezzo fino anche ad assorbirlo nella sua totalità. Indi è che il privilegio sancito dall'art. 1962 Codice civile a favore dello Stato trova, precipuamente ed a più forte ragione delle ipoteche, il suo esito finale nel giudizio di graduazione; *esito finale*, che può talvolta non agguagliare il concetto di *soddisfacimento finale*; giacchè può darsi il caso, che il credito di due annualità di tasse prediali, relative ad un ingente patrimonio immobiliare situato nello stesso Comune, non trovi capienza di pagamento nel prezzo del fondo subastato; e nulladimeno anche in questo caso non potrebbe ammettersi, che la parte insoluta del credito trapassasse a carico dell'aggiudicatario. E ciò perchè il privilegio rispetto al fondo subastato incontra nel giudizio di graduazione, per la stessa necessità giuridica derivante dall'indole sua, come il pagamento di preferenza, così la completa estinzione, non potendo la sua efficacia oltrepassare il valore del fondo, rappresentato dal prezzo pel quale il fondo venne al deliberatario aggiudicato (1).

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 10 marzo 1887; nel *Foro italiano*, anno 1887, parte I, pag. 516.

3.° L'esattore, di fronte ai creditori ipotecari del contribuente moroso, ha il diritto di essere collocato con privilegio solo per due annualità d'imposte arretrate, ma non per quelle che si vanno maturando nel corso della esecuzione, comunque garantite colla trascrizione di speciali precetti. Nei primi anni dopo la promulgazione del Codice civile, troviamo una grande discordanza nella giurisprudenza per determinare, se il privilegio concesso allo Stato dall'art. 1962, a guarentigia del pagamento del tributo fondiario, si dovesse estendere anche alle annate successive a quella in corso all'epoca della trascrizione del precetto, fino al termine della procedura di espropriazione. Tra le sentenze, dove è accolta la risposta affermativa, vogliamo specialmente ricordarne una della Corte di appello di Milano, così giudicata dal Gabba: « sentenza che, a parer nostro, ha ben poche pari in acume, rigor di logica e originalità, negli annali della patria giurisprudenza (1). » La Corte di Milano osservò che la opinione ch'essa accettava era suffulta dalla lettera e dallo spirito della legge. L'articolo 1962 Codice civile non accenna in alcun modo all'epoca in cui possa essere avvenuta la trascrizione del precetto, ma dichiara puramente e semplicemente, che sono privilegiati i crediti dello Stato pel tributo fondiario dell'*anno in corso* e dell'*antecedente*; colle quali parole, anzichè alludere alla data del precetto ed alla espropriazione che in forza dello stesso potesse trovarsi incamminata, si è voluto evidentemente stabilire soltanto la durata del privilegio, fissandone il principio e la fine al momento in cui il privilegio è messo in azione ed esercitato o reso esercibile. Trascritto il precetto, e passato l'anno allora in corso, il procedimento esecutivo prolungasi, e se le rate ulteriori dell'imposta fondiaria non vengono soddisfatte dal sequestratario giudiziale, sia esso il debitore od un terzo, lo Stato pel nuovo suo credito viene a trovarsi, di fronte al letterale disposto

(1) Corte di appello di Milano; sentenza dei 5 novembre 1883; nella *Legge*, anno XXIV, Vol. 1, pag. 127. Le parole sopra riferite del Gabba si leggono in nota ad una sentenza della Corte di appello di Firenze, dei 6 giugno 1883 (nel *Foro italiano*, anno 1884, parte I, pag. 484). La dottrina sostenuta dalla Corte di Milano fu oppugnata strenuamente dal Luzzati (nella *Giurisprudenza italiana*, anno XXXVI, parte IV, pag. 51).

dell' art. 1962, nella stessa condizione in cui si trovava al momento della trascrizione del precetto, per le consimili sue ragioni già a quell'epoca esistenti, e non si sa vedere il perchè non dovrebbe essergli lecito il competentegli privilegio, finchè lo permette lo stato della procedura di graduazione. La *mens legis* conforta tale interpretazione. Il legislatore, coll'art. 1962, si propose di *assicurare* l'esazione da parte dello Stato del tributo fondiario. Ma questo intento sarebbe in gran parte frustrato dove si dovesse ritenere, che il privilegio ivi sancito a pro del tributo in parola sia esercibile soltanto per l'anno in corso alla trascrizione del precetto e per l'antecedente, e non anche pel tempo posteriore fino al termine della procedura esecutiva. È noto come queste procedure, non solo spesso, ma quasi ordinariamente, si protraggono ben oltre l'anno in cui viene trascritto il precetto; è noto pure come non sia infrequente il caso che nel frattempo si lasci insoluto il tributo fondiario. Ora se al credito derivante da tale tributo rifiutasi il privilegio, di cui nell' articolo 1962, ne conseguirà certamente che nella maggior parte dei casi lo Stato ne rimarrà in disimborso; anzi potrà anche avvenire che appositamente si ometta di pagarlo, ed impunemente si defraudi così la Finanza, dacchè gli altri creditori privilegiati od ipotecari, sicuri di non avere in questa un concorrente con privilegio sul prezzo degli stabili esecutati, non avrebbero interesse alcuno a curare che il pagamento di tale tributo si effettui. Abbiamo riferite le parti culminanti della sentenza della Corte di Milano, dove sono chiaramente enunciati gli argomenti addotti, nella dottrina e nella giurisprudenza, per giustificare la estesa interpretazione del privilegio fiscale, in rapporto al tributo fondiario. Ma ora, avuto riguardo alla speciale competenza in tale materia del Supremo Collegio di Roma, si può affermare con Cicerone: *profligata quaestio est,* la quistione è cessata. Una serie di pronunziati della Cassazione romana ha luminosamente dimostrato, che il privilegio dello Stato, stabilito coll'art. 1962 del Codice civile, non può estendersi alle annate successive a quella in corso al tempo della trascrizione del precetto. Tale dottrina è consigliata e dall' indole essenzialmente restrittiva di qualunque privilegio e dai lavori preparatorî del Codice, i quali rivelano come solo per eccezione e per motivi meramente fiscali concedevasi un privilegio biennale sull'immobile a garantìa

dell'imposta fondiaria; la quale, come tributo diretto, non dovrebbe, secondo i principî generali, colpire lo stabile, ma il solo frutto di esso. Ed, in quest'ordine di idee, bene è stato osservato, che la Legge dei 21 aprile 1871 e quella dei 2 aprile 1882 non hanno esteso il privilegio oltre il biennio, ma invece hanno mirato a far sì che alla causa tributaria non restassero diminuiti nè i diritti, nè la celerità di loro attuazione sui frutti, in conseguenza di una espropriazione per altri incoata secondo le forme ordinarie, e della immobilizzazione dei frutti in sèguito al trascritto precetto. Ed è appena necessario avvertire che le trascrizioni di successivi precetti non possono in nulla mutare la condizione dei diritti dell'esattore, una volta che il privilegio, il quale dalla data della trascrizione dovrebbe essere tutelato e garantito, legalmente non preesiste (1). Se l'art. 2010 statuisce che la iscrizione ipotecaria del credito fruttifero è operativa anche per far pagare i frutti che maturano dopo la trascrizione del precetto e per tutto il corso del giudizio di spropriazione, non può tale favore estendersi al privilegio fiscale. Se i due casi presentano analogia, anzi identità di ragione per fissare il punto di partenza del tempo anteriore, sono di gran lunga diversi in riguardo al tempo successivo; perchè, riguardo ai creditori ipotecari, i frutti del fondo s'immobilizzano durante il procedimento esecutivo, e vanno a formare una sola massa col prezzo; e ciò non succede in pregiudizio dello Stato e dei suoi esattori, disponendo l'art. 65 della Legge imperante sulla riscossione, che, anche in pendenza di un giudizio di spropriazione dello stabile, si possa pel credito dei tributi agire sui frutti, semprechè sia vigente il privilegio, ossia di biennio in biennio (2).

C) *Collocazione sussidiaria dei crediti indicati nell'articolo 1956.*—Giusta l'art. 2104 del Codice francese, vi sono dei privilegi i quali si estendono sui mobili e sugl'immobili. Tali sono quelli indicati nell'art. 2101 del detto Codice: spese di giustizia, spese funebri, di ultima malattia ecc. Il Codice italiano non ha seguìto tale sistema. Siffatti privilegi

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 29 luglio 1886; nella *Legge,* anno XXVII, Vol. I, pag. 109.

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 13 settembre 1888; nel *Foro italiano,* anno 1888, parte I, pag. 1105.

furono conservati in tutta la loro efficacia sui mobili, ma quanto agli immobili venne stabilito, che i relativi crediti avessero preferenza soltanto nei rapporti dei creditori personali. Statuisce in proposito l'art. 1963: « I crediti indicati nell'art. 1956 saranno collocati sussidiariamente sul prezzo degli immobili del debitore con preferenza ai creditori chirografari. » Come fu osservato nei lavori preparatorî del Codice, l'esperienza aveva dimostrato, che i creditori aventi un privilegio generale sui beni del debitore, conoscendo di possedere un mezzo sicuro di pagamento sul prezzo degli immobili, sovente non si curavano di agire sopra i mobili, il valore dei quali veniva di conseguenza sottratto a danno dei creditori ipotecari. La disposizione contenuta nell'art. 1963 del nostro Codice fu mutuata dall'ultimo capoverso dell'art. 19 della Legge Belga del 1851: « Lorsque la valeur des immeubles n'a pas été absorbée par les créances privilégiées ou hypothécaires, la portion du prix qui reste due est affectée de préférence au payement des créances énoncées au present article. » Vuolsi notare, col Luzzati, che la legge italiana subordina la collocazione sugli immobili, dei creditori muniti di privilegio generale sui mobili, alla condizione della mancanza di mobili sui quali esercitare il privilegio generale. È tale il significato che sembra da attribuirsi al vocabolo *sussidiariamente*; nella ipotesi, cioè, che le sostanze principalmente destinate al soddisfacimento dei crediti indicati nell'art. 1956, non siano, a questo scopo, sufficienti. Ancora: non essendo il diritto riconosciuto nell'art. 1963 appoggiato ad alcuna ragione reale di prelazione, la collocazione sussidiaria, di cui vi è fatta parola, competerà ai creditori della persona espropriata. Uscito l'immobile dal patrimonio del debitore, i creditori privilegiati sui mobili non hanno più diritto al sopravanzo del prezzo dell'immobile, anche subastato ad istanza di un creditore ipotecario dello stesso debitore, contro un terzo possessore. Le obbligazioni del terzo possessore sono esaurite col soddisfacimento dei diritti spettanti ai creditori privilegiati sopra immobili, od ipotecari, verso i suoi autori. La graduazione di diritti concorrenti è in proposito chiaramente stabilita dall'art. 2092 Codice civile (1).

(1) V. Luzzati, *Dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 825 e 826.

170. Delle ipoteche.

Bibliografia. — 1.° Martelin, *Du droit d'hypothèque et des biens qui en sont susceptibles* (Paris, 1875);—2.° Bilhaud-Durouyet, *Des biens susceptibles d'hypothèques* (Paris, 1877); — 3.° Marghiloman, *De l'hypothèque et des biens susceptibles d'hypothèque* (Paris, 1878);—4.° Bianchi, *La ipotecabilità dell'usufrutto; studio sull'articolo 1967, num. 2, del Codice civile italiano* (nell'*Archivio giuridico*, Vol. XX, anno 1878);—5.° Gianzana, *Se l'acqua sia capace di furto, di vendita o d'ipoteca* (App. al Vol. V della traduz. dei *Principes de droit civil* del Laurent); — 6.° Ascoli, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano* (Livorno, 1887);—7.° Moulin, *Etude sur l'hypothèque des chemins de fer* (Paris, 1892); — 8.° Duchêne, *Des origines de l'hypothèque* (Paris, 1893); — 9.° Mirabelli, *Delle ipoteche secondo il Codice italiano* (Napoli, 1895).

Nei lavori preparatori del Codice francese si trova un bel discorso pronunziato dal Réal, innanzi al Corpo legislativo, per dar ragione dell'ordinamento accolto dal Progetto circa le ipoteche. Egli notava fra l'altro: « L'ipoteca conserva alle famiglie il patrimonio delle mogli, garantisce le sostanze di coloro che, sia per l'età, sia per incapacità morale, non possono vigilare ai propri interessi; l'ipoteca mantiene e sviluppa il credito dei privati, promuove l'impiego dei capitali, e li rivolge all'agricoltura, all'industria, alle speculazioni; dà vita alle più importanti convenzioni, circondandole di solide guarentige. » Queste parole non si possono ritenere come frasi rettoriche; esse esprimono una verità incontrastabile, che noi dovremo più volte richiamare nella esposizione dommatica della teoria che, in questa materia, ci presenta il Codice.

L'ipoteca, che nella più parte dei casi costituisce il presidio più sicuro per l'osservanza delle obbligazioni, non si mostra all'inizio della società romana. Nei primi tempi, il creditore limitavasi a scrivere sopra alcune tavolette il nome dei debitori; ecco perchè fu adoperata la voce *nomen* per designare il credito. In sèguito il creditore fece sottoscrivere al debitore una dichiarazione della somma ricevuta in prestito. Poscia s'introdussero le due guarentige, la *fideiussione* ed il *pegno*, e da ultimo si ammise l'ipoteca, mutuandola dalla

Grecia, come è indicato dalla stessa parola che dà nome all' istituto (ὑποθηκη). Notava il Negusanzio: « Quaero unde dicatur hypoteca? Et respondetur, quod hypotheca dicitur ab hypo quod est sub, et thesis quod est positio, quasi quaedam suppositio, vel obligatio rerum: nam supponere idem est quod obligare (1). » Ed il Maranta: « Apud Graecos, a quibus hypothecae nomen habemus, generale nomen est ad omnia respiciens, quae in cautionem obligationi subjiciuntur; ut hypothecare idem sit, atque supponere; unde hypotheca accipitur pro omni re, quae objicitur, vel obligationi subjicitur (2). » Nel Diritto ateniese era prescritto, che si dovessero collocare delle piccole colonne innanzi al fondo ipotecato, con una iscrizione diretta a render note le obbligazioni del proprietario. Per qualche tempo anche in Roma fu accolto tale sistema; ma, in sèguito, fu generalmente abbandonato, e gli Imperatori giunsero sino a vietarlo con espressa proibizione. L'ipoteca allora divenne occulta; essa era costituita e produceva effetto per la semplice convenzione delle parti. Le Leggi francesi, del 9 messidoro anno III ed 11 nebbioso anno VII, recando innovazione alla giurisprudenza anteriore, fondata in gran parte sulle tradizioni del Diritto romano, posero a substrato dell' ordinamento ipotecario i due principî della *pubblicità* e della *specialità*. Certo, in queste leggi, emanate in tempi procellosi, si contenevano delle disposizioni soverchiamente ardite; tali, ad esempio, eran quelle relative alla mobilitazione del suolo. Il proprietario faceva la dichiarazione dei suoi beni immobili. Il valore di essi era determinato dal proprietario in contraddizione del Conservatore, che ne diveniva responsabile di fronte ai terzi. Si rilasciavano al proprietario delle cedole ipotecarie in tanti *coupons*, quanti egli ne desiderava, sino alla concorrenza dei tre quarti del valore dei beni compresi nelle cedole. Queste cedole erano trasferibili per mezzo di girate ad ordine, e costituivano un titolo esecutivo a favore di colui all' ordine del quale erano state girate. Il Codice Napoleone, come fece per altri istituti

(1) V. Negusanzio, *Novus et utilissimus tractatus subtilis ac quotidianae materiae de pignoribus et hypothecis*, Pars I, Primum membrum, num. 2; Venetiis, 1566.

(2) V. Maranta, *Controversarum juris utriusque responsionum*, Pars III, Resp. LXXIII, num. 55; Neapoli, 1643.

del Diritto civile, avrebbe potuto, anche in rapporto al sistema ipotecario, riprodurre i sapienti ordinamenti contenuti nelle leggi accennate dianzi, rigettando tutto ciò ch'era poco conforme alle idee costantemente seguìte. Ma, pure ammettendo come regola il principio della *pubblicità* e quello della *specialità* delle ipoteche, il Codice Napoleone non dubitò di fare buon viso a talune eccezioni, che turbano e sconvolgono il buono indirizzo del sistema ipotecario. I redattori del Codice italiano, nel governare questa parte del Diritto civile, accolsero un sistema *da soddisfare a tutti i voti della scienza, a tutte le esigenze del credito;* ripetiamo le parole che si leggono nella Relazione al re del ministro guardasigilli. Questa dichiarazione ufficiale non è esagerata; l' interprete deve riconoscere che, in questa parte della nostra legislazione civile, vi sono pochissime disposizioni che si possano giudicare censurabili, e tali disposizioni non riguardano i princìpî direttivi dell'istituto.

Abbiamo notato superiormente, che l'ipoteca nella più parte dei casi costituisce la guarentigia più sicura per l'osservanza delle obbligazioni. Dobbiamo giustificare tale proposizione. Non ci riesce difficile assolvere questo còmpito. Il Codice riconosce due cause legittime di prelazione, ed esse sono i privilegi e le ipoteche (art. 1950). Il credito privilegiato è preferito a tutti gli altri crediti anche ipotecari (articolo 1953). A prima fronte sembra, che la proposizione dianzi enunciata mal si possa conciliare col principio stabilito espressamente dal Codice, della preminenza del credito privilegiato sul credito suffulto dalla ipoteca. Ma veramente la disposizione del Codice non toglie efficacia a ciò che abbiamo detto. Nel sistema del Codice italiano il numero dei privilegi sugli immobili è ristrettissimo; son dati unicamente per le spese del giudizio di spropriazione degli immobili e di quello di graduazione, fatte nell' interesse comune dei creditori, e pei crediti dello Stato pei tributi enunciati nell'articolo 1962. I privilegi sui mobili sono parecchi. Ma vuolsi notare che il creditore privilegiato, nella maggior parte dei casi, non può ritenersi sicuro di godere del privilegio. *Privilegia aestimantur ex causa, non ex tempore.* Il creditore privilegiato anteriore può essere posposto ad un creditore privilegiato posteriore, avuto riguardo al maggior favore che merita la causa del secondo privilegio. Ma la cosa procede diversamente in tema

di ipoteche. Il creditore ipotecario, che ha resa pubblica l'ipoteca nei modi di legge, è sicuro del suo diritto di poziorità di fronte ai creditori ipotecari posteriori. Quando il valore dei beni a carico dei quali l'ipoteca è costituita è sufficiente a garantire l'adempimento dell'obbligazione, il creditore ha quella sicurezza che da nessun'altra fonte potrebbe a lui derivare. Il mio credito di ventimila lire è garantito con ipoteca sul fondo Semproniano, che ha il valore di 30,000 lire. Quando pure, dopo la mia iscrizione, siansi pubblicate altre ipoteche per crediti superiori di molto al valore dell'immobile, il mio diritto non è per niente vulnerato da queste iscrizioni posteriori. La preminenza, in tema di ipoteche, si determina (lo abbiamo avvertito) *ex tempore*, e non già *ex causa*.

I.

Nozioni fondamentali circa l'ipoteca.

L'art. 1964 ci presenta la definizione ed i caratteri dell'ipoteca. Noi esamineremo dommaticamente questo articolo, integrandolo colle disposizioni contenute nei successivi articoli 1965 e 1966.

1) *Definizione dell'ipoteca.* — Il Grenier ha richiamate le nozioni circa l'ipoteca date, sotto l'impero del Diritto intermedio, dal Negusanzio e dal Basnage. Secondo il Negusanzio: « quia hypotheca constituitur desuper rebus, ideo dicitur jus in re, seu jus reale vel actio realis, quia per illam non obligatur persona debitoris, sed res, et sequitur fundum et datur contra possessorem. » Osserva il Grenier, che il fondamento di questa definizione trovasi nella legge *Eos* del Codice, *qui potiores in pignore habeantur,* nella legge *Pignoris* anche del Codice *de pignoribus,* e nella legge *Si fundus,* § *in vindicatione,* D. *de pignoribus.* Il Basnage, nel suo *Traité des hypothèques,* ridusse la definizione dell'ipoteca a questi termini: « Jus reale quod fundum sequitur adversus quemcumque possessorem. » Il Grenier nota, che questa definizione si avvicina a quella data dal Negusanzio, ma non è così perfetta, nè somministra idee così utili ed estese per la decisione di molte controversie, come le presenta la defi-

nizione di questo giureconsulto (1). Ma noi, senza arrestarci ulteriormente sulle definizioni date dell'ipoteca dai giureconsulti dell'antica scuola, crediamo più opportuno, ed anche più confacente al nostro còmpito, di procedere all'esame della definizione che ce ne dà il Codice. L'ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni del debitore o di un terzo a vantaggio di un creditore, per assicurare sopra i medesimi il soddisfacimento di un'obbligazione (art. 1964). L'ipoteca è un *diritto reale;* e, come tale, *est facultas in rem competens, sine respectu ad certam personam.* Ecco perchè il Codice dichiara, nel secondo capoverso dell'art. 1964, che l'ipoteca è inerente ai beni, e li segue presso qualunque possessore. Giusta la formola dei Dottori, l'ipoteca *adhaeret ossibus rei, ut lepra cuti.* È una formola che, per amore di chiarezza, si giova di un paragone ributtante. Preferibile è quella del Diritto civile spagnuolo: l'ipoteca inerisce ai beni come l'ombra al corpo, *como la sombra al cuerpo* (2). Il Marcadé, in una Dissertazione speciale sull'art. 526 del Codice francese, insorgendo contro la dottrina generale, non dubitava di sostenere che l'ipoteca non è un diritto reale, ma sibbene un semplice *jus ad rem mobilem, ad pecuniam.* Ma la opinione dell'illustre scrittore francese non si può accettare; e tale è pure l'avviso del Pont, il continuatore dell'opera del Marcadé sul *Diritto civile:* « Ci è impossibile ammettere la teoria del nostro compianto predecessore; per quanti sforzi egli abbia potuto fare, non ha cancellato queste espressioni — *diritto reale* — di cui si serve la legge per qualificare l'ipoteca, nè quel diritto di persecuzione (*de suite*) che ingenera, e che designa sì nettamente l'azione reale. Queste espressioni proprie di tutti gli smembramenti della proprietà non rispondono in alcun modo all'idea di quell'*jus in rem* o *ad rem,* di cui il legislatore non ha parlato in alcun luogo, ed al quale nonpertanto il Marcadè rannoda tutta la sua teoria (3). » L'ipoteca è un diritto reale costituito sopra un immobile; ma da ciò non bisogna ricavare la conseguenza ch'essa sia un diritto immobiliare. L'ipoteca colpisce l'immobile per l'oggetto limitato

(1) V. Grenier, *Traité des hypothèques,* Vol. I, num. 4; Clermont-Ferrand, 1822.

(2) V. Lehr, *Éléments de Droit civil espagnol,* § 457; Paris, 1880.

(3) V. Pont, *Privilèges et hypothèques,* num. 327.

di assicurare il soddisfacimento di una obbligazione, ossia il conseguimento di una somma di danaro. Gli espositori del Codice francese trattano la quistione, se l'ipoteca sia un diritto *mobiliare* od *immobiliare*. Il Codice italiano ha reso impossibile la quistione presso di noi. L'art. 418 dichiara, in termini espressi, che sono mobili per determinazione della legge le azioni *anche ipotecarie,* che hanno per oggetto somme di danaro od effetti mobili. L'art. 529 del Codice francese non contiene le parole, *anche ipotecarie,* che, allo scopo di eliminare qualunque dubbiezza, si trovano inserite nel corrispondente articolo 418 del nostro Codice (1).

È indifferente che i beni su cui si stabilisce l'ipoteca appartengano al debitore o ad un terzo; imperciocchè non è la persona, ma la cosa che deve rispondere del soddisfacimento dell'obbligazione: *spondet agellus*, per servirci delle parole di Marziale. Nel seno della Commissione Coordinatrice, il Chiesi propose che, nella definizione dell'ipoteca, alla voce *beni* si fosse aggiunta l'altra *immobili*: « e ciò per escludere il concetto che l'ipoteca possa costituirsi sovra beni *mobili,* come potrebbe farlo credere la espressione generica di *beni* usata nell'art. 1990 del Progetto Senatorio (art. 1964 del Codice), quando nel corrispondente articolo del Progetto Pisanelli si è parlato invece specificamente di *beni immobili.* » Ma la proposta fu ritirata dal Chiesi, in sèguito alle osservazioni del De Foresta: « Se la Commissione Senatoria ha soppresso l'aggettivo *immobili* (nella definizione della ipoteca), non fu per altro motivo, salvo perchè specificandosi poi nel successivo art. 1993 (art. 1967 del Codice), quali sieno i beni capaci d'ipoteca, e tra questi noverandosi le rendite sullo Stato che non possono qualificarsi beni immobili, era necessario che nell'art. 1990, il quale comprende sì le une che gli altri, si usasse soltanto la parola generica *beni*, senza che vi sia pericolo che potesse mai sollevarsi la questione temuta dal proponente, sia perchè è principio troppo noto che non si dà ipoteca sui mobili, sia perchè il predetto art. 1993 lo esclude perentoriamente (2). »

Il Codice, nella definizione dell'ipoteca, dice espressamente che la medesima si può costituire sopra beni del de-

---

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 96.

(2) Verb. num. 41 della Commissione Coordinatrice.

bitore o di un terzo. Non si concepisce che l'ipoteca si possa costituire sopra beni propri del creditore. La Ruota Romana enunciava questo principio ineluttabile con una formola chiarissima: « Hypotheca non cadit in re propria (1). » Ma qui dobbiamo richiamare una dottrina, che ci sembra esattissima, accolta dal Supremo Collegio di Torino: la moglie può dare ipoteca, a garantìa della dote, sui beni parafernali. Se la moglie può costituire la dote con beni propri, è intuitivo che la dotata, in rapporto alla dote, possa assumere la duplice qualità di creditrice e debitrice. Debitrice, in quanto deve conferire la dote, per concorrere a sostenere i pesi del matrimonio; creditrice, perchè la dote forma parte del suo patrimonio. Non si dica che questo dualismo costituisce un anacronismo contrario ai principî che regolano la confusione, in quanto che non si comprende come una persona possa essere ad un tempo creditrice e debitrice dello stesso capitale; perchè accade di sovente che una persona abbia due o più distinti enti patrimoniali aventi delle contabilità fra loro, come nel caso di una eredità beneficiata, enti che non possono confondersi o pei vincoli ai quali sono sottoposti, o per lo scopo a cui sono destinati. Non si dica che si arriverebbe all'assurdo, in quanto che ne verrebbe per conseguenza, che la donna maritata, allo sciogliersi del matrimonio, potrebbe agire contro i propri beni, per conseguire il pagamento della sua dote, perchè ciò non è vero. Collo scioglimento del matrimonio la dote rientra nella libera disponibilità della dotata; allora, in virtù della confusione, rimanendo estinto il relativo credito e debito, manca il sostrato per agire al riguardo (2).

2) *Indivisibilità dell'ipoteca.* — L'ipoteca è indivisibile, e sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte (1.° cap. dell'art. 1964). In altre parole, giusta la formola dei Dottori, l'ipoteca *est tota in toto et tota in qualibet parte.* Il creditore è libero di far vendere quello tra i beni ipotecati che maggiormente crede acconcio a rispondere dell'obbligazione. Dicea Modestino: « Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis,

---

(1) Ruota Romana; decisione dei 25 giugno 1668; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum,* Pars XV, num. 315; Venetiis, 1716.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 13 dicembre 1894; nella *Giurisprudenza* di Torino, anno 1895, pag. 61.

quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire. » (L. 8, D. *de distract. pignorum et hypoth.*). Crediamo opportuno di determinare, anche con maggior precisione, per mezzo di esempi, il principio della indivisibilità dell'ipoteca.

A) Un immobile, in conseguenza dell'ipoteca, deve rispondere del soddisfacimento di una obbligazione di 9,000 lire. Il debitore paga 8,000 lire. Tutto l'immobile resta vincolato al pagamento della nona parte del debito.

B) Il debitore aliena una metà dell'immobile. La porzione dell'immobile, di cui il debitore ha conservato il dominio, risponde dell'intero debito. E dicasi lo stesso in rapporto alla porzione alienata.

C) Il debitore muore lasciando parecchi eredi, e l'immobile cade per intero nella porzione di uno fra essi. Costui è tenuto *ipotecariamente* pel tutto, quantunque *personalmente* non sia obbligato che ad una porzione del debito. Se l'immobile è diviso fra gli eredi, ogni erede, detentore di una porzione dell'immobile, è tenuto ipotecariamente pel tutto.

D) Il creditore muore lasciando parecchi eredi. Il credito si divide fra di essi: *nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita sunto*. Ma l'immobile resta sottoposto per intero ad ognuna delle porzioni del credito. Se il debitore assolve l'obbligazione in rapporto ad uno soltanto fra gli eredi, l'intero immobile risponde di quanto resta dovuto agli altri (1).

Avuto riguardo al sistema del Codice italiano, l'interprete deve osservare che il principio della indivisibilità dell'ipoteca, enunciato nel primo capoverso dell'articolo 1964, non ammette che una sola limitazione, ed è quella che risulta dalla disposizione racchiusa nell'articolo 2087 (2). Statuisce questo articolo, che « il creditore avente ipoteca su vari immobili, dopo che gli venne fatta la notificazione accennata nell'articolo 2043 se si tratta del giudizio di purgazione, e dopo la notificazione del bando venale in caso di spropriazione forzata, non può sotto pena dei danni rinunziare alla sua ipoteca sopra uno di quegli immobili, nè astenersi volontariamente dal proporre la sua istanza nel giudi-

(1) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, sull'articolo 2114 del Codice francese.

(2) V. Mirabelli, *Delle ipoteche secondo il Codice civile italiano*, Cap. I, num. 6; Napoli, 1895.

zio di graduazione, all'intento di favorire un creditore a detrimento di altro creditore anteriormente iscritto. » In tal caso, come notò il Pisanelli nella *Relazione ministeriale*, la rinunzia parziale che farebbe il creditore avente un' ipoteca anteriore estesa a più immobili, non riuscendo di alcun vantaggio al debitore, non potrebbe avere altro scopo che quello di favorire alcuni creditori a detrimento degli altri. Con ottimo consiglio la legge lo ha vietato. In propria sede, vale a dire nell'esame dell'articolo 2087, ritorneremo di proposito su questo concetto, che ora a noi deve bastare di avere semplicemente accennato.

Sotto l'impero del Diritto intermedio insegnava Matteo de Afflictis: « Hypotecae jus adeo est individuum, quod si debitor obligasset rem quam tenet pro communi, et individuo cum alio, et postea divisionem fecisset, et unicuique sociorum devenisset dimidia, quod non solum creditori est obligata illa portio, quae devenit debitori, sed in obligatione erit dimidia cujuslibet dimidiae pro indiviso (1). » Allo stesso modo decideva la Ruota Romana: « Hypotheca non diminuitur ex divisione bonorum, sed bona remanent pro indiviso hypothecata (2). » Sotto l'impero del Diritto italiano vigente questa dottrina non si può accettare. Il Codice statuisce, nell'articolo 679, sotto il titolo *della comunione*, che ciascun partecipante ha la piena proprietà della sua quota e de' relativi utili o frutti. Egli può liberamente alienare, cedere od ipotecare tale quota, ed anche sostituire altri nel godimento di essa, se non si tratti di diritti personali. Ma l'effetto dell'alienazione o dell' ipoteca si limita a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione. Il Codice soggiunge, nel successivo articolo 680, che i creditori o cessionari di un partecipante possono opporsi alla divisione a cui si proceda senza il loro intervento, e possono intervenirvi a proprie spese; ma non possono impugnare una divisione consumata, eccettuato il caso di frode, o di divisione eseguita non ostante una formale opposizione, e salvo sempre ad essi l'esperimento delle ragioni del debitore o cedente. Dalle di-

---

(1) V. De Afflictis, *Decisiones Sacri Regii Consilii neapolitani,* Decis. CXIII, num. 5; Venetiis, 1635.

(2) Ruota Romana; decisione dei 3 giugno 1662; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum,* Pars XIII, num. 505; Venetiis, 1716.

sposizioni che abbiamo richiamate si trae evidentemente, che il sistema del Codice non è quello accolto sotto l'impero del Diritto intermedio. Tizio concede ipoteca sul fondo Semproniano che ha comune con Mevio. Si procede alla divisione, e metà del fondo è assegnata a Tizio. Tenuto conto dell'ordinamento del Codice, l'ipoteca si limita alla porzione spettata nella divisione al debitore. Nel sistema del Diritto intermedio resterebbe obbligata *dimidia cujuslibet dimidiae pro indiviso*. Indubbiamente la disposizione accolta dal Codice è più conforme ai dettami della giustizia e dell'equità. Il diritto del creditore ipotecario è pienamente garantito con i provvidi ordinamenti contenuti nell'articolo 680, il cui testo abbiamo dianzi riferito. Il Diritto intermedio seguì la teoria del Diritto romano. Ma questa teoria, come è stato acconciamente osservato, era strana e poco giusta. Obbligava tutti i condomini a sopportare un onere imposto sul fondo comune da un solo di essi, per suo particolare interesse. E, come è facile intendere, per conseguenza del principio dianzi enunciato, i condividenti erano esposti a frequenti evizioni da parte dei terzi; onde nessuna sicurezza nel possesso delle quote attribuite; e quindi venivano frequenti i regressi in garantìa, che era un moltiplicare smodatamente i giudizi. Nondimeno questa regola era conseguenza di un altro principio dominante nel diritto antico, secondo cui la divisione era traslativa di proprietà (*pars tua mihi adjudicatur et mea tibi*). Quando si procedeva alla divisione, i beni si dividevano nello stato in cui erano in quel tempo, e trascinavano seco irrimediabilmente tutti i gravami imposti loro nel tempo anteriore. Oggi questo principio non più regge; la divisione non trasferisce o conferisce, ma afferma semplicemente la proprietà dei condomini. Questo principio, enunciato espressamente nell'articolo 1034 per la divisione fra coeredi, deve applicarsi allo scioglimento di qualunque comunione (1).

Vuolsi osservare con Carlo Molineo, che la indivisibilità dell'ipoteca non è perfetta e naturale; essa è relativa ed impropria: « Individuitatem quandam habet, non simplicem, sed secundum quid, nec veram et propriam, sed impropriam. » Il diritto d'ipoteca per sè stesso è divisibile, come l'obbligazione ch'è diretto ad assicurare. « Hypotheca,

---

(1) V. Fornari, *Della comunione dei beni*, num. 140; Napoli, 1881.

ejusque luitio non minus est dividua, quam principale debitum, omni respectu dividuum (1). » La indivisibilità dell'ipoteca, quantunque impropria, è richiesta da due ragioni. La prima si è l'utilità comune, *utilitas communis,* giacchè si può spesse volte ignorare il valore di un fondo ipotecato; ovvero, anche noto il valore, esso è soggetto a cangiamenti, ed il pegno del creditore può in sèguito valere meno di quanto valeva in origine; succede allora che il creditore rimane deluso, e non ha una garantìa sufficiente per la somma residuale del suo credito. La seconda ragione assegnata da Molineo è questa: *ne dividatur vigor et vinculum pignoris, debito principali diviso.* È da supporsi costituita l'ipoteca sotto questa condizione, che il pegno non può essere liberato prima del soddisfacimento integrale dell'obbligazione (2). Poichè la indivisibilità non si attiene alla *essenza* dell'ipoteca, deve essere consentito ai contraenti di stabilire la estinzione parziale dell'ipoteca, cioè a dire la *riduzione* della medesima, nel caso del soddisfacimento di una parte dell'obbligazione. Il principio della indivisibilità dell'ipoteca si fonda sulla presunta intenzione dei contraenti; quando essi hanno manifestata una volontà contraria, la presunzione perde qualunque efficacia. La indivisibilità dell' ipoteca è un benefizio che la legge stabilisce nell'interesse del creditore e in favore di lui, non è già un principio statuito per ragioni d'interesse pubblico. Quindi, come nota il Baudry-Lacantinerie, se due immobili sono ipotecati al pagamento di un credito, si potrebbe validissimamente convenire che uno di questi immobili sarà liberato dall'ipoteca, nel caso di pagamento della metà del debito (3). Altro patto contrario alla indivisibilità dell'ipoteca, patto egualmente valido, sarebbe quello in forza del quale il creditore si obbligasse a non agire ipotecariamente contro i singoli eredi, se non nella proporzione in cui si dividono gli immobili ipotecati (4). In tal caso però, rigorosamente parlando, come osserva il

---

(1) V. Molineo, *Extricatio labyrinthi dividui et individui,* Pars III, num. 28 e 31; Parisiis, 1681.

(2) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques,* num. 388.

(3) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, num. 1197; Paris, 1892.

(4) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 104.

Laurent, non si può affermare che siavi un'eccezione alla indivisibilità dell' ipoteca. L' ipoteca, per volontà dei contraenti ridotta od estinta parzialmente, permane indivisibile allo stesso modo dell'ipoteca primigenia. « Le principe de l'indivisibilité est seulement modifié, en ce sens que l' hypothèque s'éteindra partiellement, tandis que, de droit commun, elle s'éteint pour le tout par le payement de toute la dette (1). » È una osservazione giustissima che noi eravamo tenuti a richiamare, in ossequio alla proprietà del linguaggio giuridico.

3) *Pubblicità e specialità dell'ipoteca.* — L' ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica, e non può sussistere che sopra beni specialmente indicati e per somma determinata in danaro (art. 1965). Nell'articolo dianzi riferito si trovano enunciati, colla massima precisione, i principî sovrani che governano il sistema ipotecario giusta la legislazione italiana. Tutte le ipoteche (legali, giudiziali e convenzionali) non possono avere effetto, quando non si presti osservanza alle condizioni della *pubblicità* e della *specialità*. La *pubblicità* risulta dalla iscrizione dell'ipoteca nell' uffizio delle ipoteche del luogo in cui si trovano i beni gravati (art. 1981). La *specialità* risulta da due elementi; la designazione precisa dei beni sottoposti ad ipoteca, la determinazione di una somma di danaro per cui si prende iscrizione. Statuisce il Codice, che l'immobile da sottoporsi all' ipoteca deve essere specificatamente designato colla indicazione della sua natura, del comune in cui si trova, del numero del catasto o delle mappe censuarie dove esistono, e di tre almeno dei suoi confini (art. 1979). L'iscrizione dell' ipoteca non può farsi che per una somma di danaro a tale effetto determinata nell'atto costitutivo o dichiarativo del credito, o in un atto posteriore. La determinazione della somma, se non è fatta nel titolo costitutivo o dichiarativo del credito nè con atto posteriore, può farsi dal creditore medesimo nella nota per l'iscrizione (art. 1992).

4) *Estensione dell'ipoteca.* — L'ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni ed altre accessioni dell'immobile ipotecato (art. 1966). È questa una conseguenza del principio generale stabilito in tema di accessione. *Superficies solo cedit; plantae quae terra coalescunt solo cedunt;*

---

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXX, num. 179.

come insegnava il giureconsulto Gaio. E qui ci piace ricordare un pronunziato del Supremo Collegio di Roma, che proclamava una massima incontrastabile: quando l'ipoteca si costituisce sopra un fondo boschivo, gli alberi di alto fusto si debbono ritenere, non già come un accessorio, ma invece come una parte integrante del fondo, come la parte principale di esso. L'ipoteca costituita sul fondo lo colpisce come bosco; e gli alberi di alto fusto che lo compongono concorrono, non come parte accessoria, ma come parte principale, a determinarne il valore. Quindi il proprietario non può distruggere o diradare le piante di alto fusto, che formano la sostanza della cosa ipotecata. « L'esercizio del diritto di proprietà allora soltanto può dirsi libero ed illimitato finchè non s'incontra in collisione col diritto legittimamente acquistato da altri sulla stessa cosa. Di qui il rispetto che il proprietario deve osservare per le servitù e per tutti gli altri oneri reali imposti sull'immobile a favore dei terzi (1). »

II.

Beni capaci d'ipoteca.

Nell'articolo 1967 sono enunciati i beni capaci d'ipoteca; noi esamineremo partitamente ciascuno dei quattro numeri di cui il suddetto articolo si compone. Questo articolo è richiamato dal legislatore più volte nello stabilimento di altre teorie del diritto civile. Così, nell'articolo 1314, è disposto che devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità, le convenzioni che trasferiscono proprietà d'immobili o di *altri beni o diritti capaci d'ipoteca*. Parimente, nell'articolo 1932, si dispone che devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione gli atti tra vivi, sia a titolo gratuito sia a titolo oneroso, che trasferiscono proprietà, d'immobili, o di *altri beni o diritti capaci di ipoteca*. Nell'uno e nell'altro articolo si fa eccezione per le rendite sopra lo Stato, le quali, come vedremo di qui a poco, si possono ipotecare nel modo speciale stabilito dalla legge.

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 20 febbraio 1885; nel *Foro italiano*, anno 1885, parte I, pag. 197.

1.° Sono capaci d'ipoteca i beni immobili, che sono in commercio, coi loro accessori riputati come immobili. La utilità pratica dell'ipoteca consiste nel diritto che ha il creditore di far vendere i beni sottoposti all'ipoteca, ed ottenere il pagamento, con prelazione, sul prezzo ricavato dalla vendita *(jus vendendi sc. distrahendi)*. Ora i beni *extra commercium* non si possono vendere; ecco perchè sono da ritenersi incapaci d'ipoteca (1). Il Codice statuisce, che son capaci d'ipoteca i beni immobili, che sono in commercio, *coi loro accessori riputati come immobili.* Con queste parole il Codice accenna ai *beni immobili per destinazione.* Sono beni immobili per destinazione le cose, che il proprietario di un fondo vi ha poste per il servizio e la coltivazione del medesimo (art. 413). Sono pure beni immobili per destinazione tutti gli oggetti mobili annessi dal proprietario ad un fondo od edifizio per rimanervi stabilmente (art. 414). Le cose e gli oggetti accennati dianzi sono mobili per loro natura, e, come tali, incapaci d'ipoteca; ma se, per destinazione del proprietario, sono immobilizzati, diventano un accessorio del fondo, e sono colpiti dall'ipoteca costituita sulla cosa principale. E il Codice, con proprietà di linguaggio, esprime il concetto che abbiamo precedentemente enunciato: son capaci d'ipoteca i beni immobili, che sono in commercio *coi* loro accessori riputati come immobili; cioè a dire, gli accessori son capaci d'ipoteca *congiuntamente* all'immobile principale (2). L'ipoteca sull'immobile colpisce gli accessori riputati come immobili, anche quando la destinazione si è avverata dopo la concessione di essa, o dopo che si rese pubblica col mezzo della iscrizione (3). Se, nell'atto costitu-

---

(1) « Inutile est pignus quod creditor distrahere non potest, aut cujus non sit emptorem inventurus. » Cuiacio, *Recitationes solemnes*, ad tit. XV, Lib. VIII, Cod. (Vol. IX, col. 1204 dell'ediz. napoletana del 1758).

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 112.

(3) Le macchine annesse ad un fabbricato, ed infisse al suolo, sono immobili per destinazione; e la ipoteca iscritta sull'immobile, cui aderiscono, si estende anche ad esse, sebbene siano state aggiunte all'immobile medesimo posteriormente alla iscrizione. (Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 27 luglio 1876; nella *Legge*, anno XVII, Vol. I, pag. 196).

tivo dell'ipoteca, si è fatta menzione di alcuni tra gli accessori dell'immobile, da ciò non deve ricavarsi la conseguenza che gli altri non siano compresi nella ipoteca. Diremo in proposito col Laurent: « L'argument *a contrario* n'est jamais plus déplacé qu'en cette matière, puisqu'il est en opposition avec la nature des choses autant qu'avec les principes (1). » È il caso di ricordare l'insegnamento che ci lasciava Papiniano: « Quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, jus commune non laedunt. » (L. 81, D. *de div. reg. juris*).

È detto nell'art. 412 del Codice, che « le sorgenti, i serbatoi ed i corsi d'acqua sono immobili. » Come immobili, si debbono ritenere capaci d'ipoteca. Decise il Supremo Collegio di Torino, che i corsi d'acqua, perchè immobili, possono essere sottoposti ad ipoteca, anche separatamente dai fondi cui inservono (2). La Cassazione di Torino prestava ossequio al principio che, in rapporto alle sorgenti, ai serbatoi ed ai corsi d'acqua, l'ipoteca si può costituire indipendentemente dai fondi. Il Romagnosi spiegava maestrevolmente la esattezza di tale dottrina. Bisogna distinguere « il godimento di un servigio *separabile* da quello di un servigio *inseparabile* di un dato fondo. Io mi spiego. Suppongasi che io abbia la servitù attiva di immettere la trave nel muro del mio vicino, o quella di passare per il suo cortile per entrare in casa mia, e così discorrendo. Egli è manifesto che sì fatti diritti o servigi non si possono dare separatamente in ipoteca a meno che il mio creditore non sottentrasse nel possesso del fondo dominante. In questo senso fu detto benissimo da Marciano (L. 11, D. *de pign. et hypoth.*), che i diritti prediali urbani non si possono dare in pegno. Ma se per lo contrario i servigi utili annessi ad un dato fondo fossero separabili, e godersi potessero senza aggravare la servitù altrui, ognun vede che tali servigi e gli oggetti che li prestano sarebbero senza difficoltà suscettibili d'ipoteca ad un mio creditore. Senza di questa distinzione ogni soluzione diviene impossibile, e la quistione diviene inestricabile; perocchè si pongono a fascio oggetti e rapporti che sono fra di loro inconciliabili. Questo inconve-

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXX, num. 202.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 20 luglio 1877; nella *Giurisprudenza* di Torino, Vol. XIV, pag. 599.

niente appunto nasce dal volere sotto di una sola formola abbracciare cose e rapporti, i quali esigono decisioni fra di loro diverse e contrarie (1). » Tra gli espositori del Codice, il Pacifici-Mazzoni ha svolto con chiarezza il medesimo concetto. La sorgente può vendersi volontariamente ed espropriarsi forzatamente, come oggetto di commercio, senza riguardo al servigio di verun fondo determinato. Ho una sorgente; posso vendere tanti moduli della sua acqua per alcuni mesi dell'anno, a servigio dell' irrigazione; posso venderne altrettanti moduli a servigio di stabilimenti balneari nella stagione estiva; finalmente, posso venderne dei moduli per forza motrice. E queste vendite posso ben fare a favore delle persone degli acquirenti, e non a vantaggio dei loro fondi; riserbandomi in tal guisa la libera disponibilità dell' acqua, dopo che avrò soddisfatte le assunte obbligazioni di consegnarne ai compratori determinati moduli. In conclusione, la sorgente d'acqua ha un valore venale, senza formare materia di servitù. Sotto tale aspetto quindi essa può dar mezzi pecuniari per soddisfare un'obbligazione; e contiene i due necessari elementi per divenire garantìa ipotecaria di un'obbligazione: la natura immobiliare e la virtù di assicurare il soddisfacimento di una obbligazione. Come l' acquirente volontario, così l' aggiudicatario possederà la sorgente a titolo di proprietà. Ma colla sorgente dovranno ritenersi ceduti quei diritti accessori indispensabili per l'uso e il godimento della sorgente, e in specie il passaggio per vegliare e regolare il deflusso dell'acqua (2).

È stata sollevata la quistione, se le ferrovie possano essere ipotecate. A noi sembra evidente che a tal riguardo deve farsi una distinzione. Quando la ferrovia costituisce proprietà privata incontrastabilmente si ha il diritto di ipotecarla. All'opposto, in tema di ferrovie di cui appartiene la proprietà allo Stato, anche quando vi siano delle società concessionarie dell' esercizio delle medesime, l' ipoteca può ammettersi sol-

(1) V. Romagnosi, *Della ragion civile delle acque nella rurale economia,* Parte I, Lib. I, Capo I, §§ V e VI; Firenze, 1834.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 110. — Si consulti pure la monografia del Gianzana, *Se l'acqua sia capace di furto, di vendita o d'ipoteca* (App. al Vol. V della trad. del Laurent).

tanto quando vi sia una legge speciale che l'autorizzi. Il Supremo Collegio di Torino riconobbe esplicitamente il principio, che è valida l'ipoteca concessa sopra una ferrovia non costruita dallo Stato e quindi non appartenente al medesimo: « Secondo il sistema vigente per la concessione delle strade ferrate del Regno, le società concessionarie hanno la proprietà delle strade da loro costrutte, perchè, pei principî della vendita, hanno acquistata e conservano la proprietà del suolo che costituisce il piano stradale, e pei principî dell'accessione diventano proprietarie di tutte le superedificazioni. Se i diritti di devoluzione e di riscatto costituiti sopra un immobile a benefizio di un alienante o di un terzo inducono il concetto di un dominio risolubile, non perciò alterano il concetto giuridico della proprietà dell'immobile. Per conseguenza si possono costituire anche sulle strade ferrate dei vincoli ipotecari, soggetti alle stesse eventualità cui soggiace il diritto di proprietà sulle strade ferrate medesime (1). » Per quanto si attiene alla concessione delle ipoteche sulle ferrovie di proprietà dello Stato, riferiamo due articoli della Legge 29 luglio 1879 (Serie 2.ª, num. 5002), *Legge che autorizza la costruzione di linee ferroviarie di complemento.* Statuiva l'articolo 28: « Il ministro del tesoro è autorizzato ad emettere ogni anno ed alienare per mezzo della Cassa delle strade ferrate tanti titoli fruttiferi 5 per cento, ammortizzabili in 75 anni, quanti occorrano per far entrare nelle casse dello Stato la somma di 60 milioni; e per procurare le somme per prestiti alle provincie, ai comuni e loro consorzi pel pagamento dei concorsi e delle anticipazioni. » E l'art. 29: « Su tutte le linee ferroviarie del Regno, le quali a partire dalla pubblicazione della presente legge verranno costruite dallo Stato, sia per intero, sia col concorso degli interessati, nei limiti stabiliti, e che rimangono di proprietà dello Stato medesimo, viene per effetto della presente legge costituita la ipoteca legale a garanzia dei titoli, di cui all'articolo precedente, senza che occorra la formalità della iscrizione. »

2.° E capace d'ipoteca l'usufrutto dei beni immobili, coi loro accessori riputati come immobili, ad eccezione dell'usufrutto legale degli ascendenti. Nel seno della Commissione

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza degli 11 aprile 1870; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1870, parte I, pag. 402.

Coordinatrice, il Chiesi propose la soppressione del num. 2.° art. 1993 del Progetto (rispondente al num. 2.°, art. 1967 del Codice), per questa considerazione: « L'ipoteca essendo un diritto reale, non è razionale di gravarne un diritto incorporale come è l'usufrutto, il quale, del resto, cessando, farebbe cessare anche l'ipoteca. » Ma la proposta fu respinta dalla Commissione, dopo le acconce osservazioni del Pisanelli: « Non ripugna in diritto di costituire l'ipoteca sopra l'usufrutto di beni immobili; e nel fatto poi, dal momento che non produce, nè può produrre alcun inconveniente, non v'ha ragione di vietarlo, massime che il creditore, prendendo ipoteca sull'usufrutto, conosce la durata e la possibilità della cessazione del medesimo, o per la morte dell'usufruttuario, o per qualunque altro motivo d'estinzione, e corre perciò volontariamente la sorte di questo genere di cautela, ben sapendo che la sua ipoteca non può sussistere cessato che sia l'usufrutto (1). »

Del resto, non può disconoscersi la esattezza dell'osservazione fatta dal Baudry-Lacantinerie, non esservi nulla di più fragile dell'ipoteca concessa sopra un diritto d'usufrutto. « Elle l'est autant que le droit d'usufruit lui-même, toujours menacé dans son existence par les nombreux précipices que la loi creuse autour de lui. » Qualunque causa, che produrrà l'estinzione dell'usufrutto, apporterà in conseguenza la estinzione della ipoteca. L'ipoteca deve necessariamente avere una base; essa quindi svanisce quando la sua base è distrutta (2). Qui però crediamo opportuno di richiamare la disposizione contenuta nel secondo capoverso dell'articolo 516 del nostro Codice. Nella prima parte del citato articolo è statuito, che l'usufrutto può cessare per l'abuso che faccia l'usufruttuario del suo diritto, o alienando i beni, o deteriorandoli, o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni. Il primo capoverso dell'articolo medesimo autorizza l'autorità giudiziaria ad emanare, prima di venire all'*extrema ratio* di dichiarar cessato l'usufrutto, alcuni provvedimenti diretti a garantire il diritto del proprietario pur conservando all'usufruttuario il godimento dei frutti. Il se-

(1) Verb. num. 41 della Commissione Coordinatrice.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 1210; Paris, 1892.

condo capoverso poi dispone, che i creditori dell'usufruttuario possono intervenire nel giudizio per conservare le loro ragioni, offrire il risarcimento dei danni e dare cauzioni per l'avvenire.

Perchè l' usufrutto legale degli ascendenti è dichiarato espressamente dal Codice incapace d'ipoteca? Il padre (ed in mancanza la madre) ha l'usufrutto dei beni che provengono al figlio da successione, donazione o da qualunque altro titolo lucrativo, e lo conserva sino a che il figlio sia emancipato od abbia raggiunta l'età maggiore (art. 228). Questo godimento dato dalla legge al genitore che esercita la patria podestà si rannoda intimamente all'amministrazione dei beni del figlio, che la legge medesima affida al padre od alla madre, come una delle più importanti obbligazioni che ineriscono all' esercizio della patria podestà. Ora, è chiaro che l'ascendente non può liberarsi da tale obbligazione. Se a lui fosse permesso di alienare o d'ipotecare l'usufrutto legale, a suo carico resterebbe sempre l'obbligazione di amministrare i beni dei quali avesse venduto od ipotecato il godimento; come sarebbe possibile conciliare questo dovere col godimento che competerebbe al cessionario? Ancora: l' usufrutto legale dell' ascendente è sottoposto a parecchi pesi enunciati dal Codice; tra questi pesi sono le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio (art. 230, num. 1.°). Questi pesi sarebbero forse a carico del cessionario? Non potrebbe ciò ammettersi, imperciocchè trattasi di un attributo e di un dovere della patria podestà. L' ascendente non può cedere un'obbligazione che a lui incombe in tale qualità. Adunque l' usufrutto legale è incapace di cessione, e quindi incapace d'ipoteca (1).

Gli espositori del Codice francese e del Codice italiano trattano la quistione: colui che ha il pieno dominio di un immobile ha facoltà di concedere, col consenso del creditore, l'ipoteca soltanto sull'usufrutto dell'immobile? Il Laurent ed il Pacifici-Mazzoni, tra gli altri, hanno propugnata la sentenza affermativa. Il proprietario, dice il Laurent, non è forse libero di separare dal suo diritto uno dei poteri che al medesimo ineriscono, e disporne come a lui piace? « S'il peut détacher l' usufruit en l'aliénant, pourquoi ne le pourrait-il

---

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXX, num. 209 *bis*.

pas en l'hypothéquant? » In rapporto al proprietario non può dirsi, ch'egli non ha questo diritto, perchè la legge non glielo concede; deve dirsi invece ch' egli ha diritto di fare tutto ciò che non gli è vietato dalla legge (1). Non sappiamo, osserva il Pacifici-Mazzoni, perchè per la costituzione di un' ipoteca sopra un diritto d'usufrutto, questo debba essere separato dal diritto di disporre al tempo in cui si perfeziona il relativo atto di costituzione. Di presente l'ipoteca è in quiete; e il giorno in cui diverrà attiva eserciterà la sua azione sull'usufrutto separatamente dalla proprietà, e ne compirà la separazione effettiva col trasmetterlo all'aggiudicatario, e lasciando all'espropriato la nuda proprietà: per modo tale che, per ultimo risultato, l' ipoteca dà vita all'usufrutto, come il contratto volontariamente consentito dal proprietario (2). Noi dobbiamo respingere questa teoria, sebbene confortata dal suffragio di giuristi così autorevoli. Il Codice (art. 477) definisce l' usufrutto: « il diritto di godere delle cose, di cui *altri ha la proprietà,* nel modo che ne godrebbe il proprietario, ma coll'obbligo di conservarne la sostanza tanto nella materia quanto nella forma. » Giustiniano (Inst. pr. *de usufructu*) lo definiva: « jus *alienis rebus* utendi fruendi, salva rerum substantia. » Adunque, perchè si abbia la figura giuridica dell' usufrutto, è assolutamente necessario che presso una persona si trovi il nudo dominio di una cosa, e presso un'altra persona il godimento della cosa medesima. Semprechè non si avvera questo frazionamento, e la proprietà, con tutti i poteri che ad essa ineriscono, risiede in una sola persona, non può dirsi che questa persona abbia l'usufrutto della cosa sua. Indubbiamente quegli che ha il *plenum dominium* di una cosa, può godere liberamente di essa; ma in tal caso il godimento che compete al proprietario non ha una esistenza autonoma, è incapace di formare l'oggetto dei diritti altrui, non è l'usufrutto che la legge dichiara capace d'ipoteca. Abbiamo osservato, in sede opportuna, che la distinzione tra *usufrutto causale* e *usufrutto formale* non può essere accolta. Quando si tratta del godimento del proprietario, questo godimento *pars dominii est,* è uno dei poteri inerenti al di-

---

(1) V. Laurent, *Ibidem,* num. 211.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 114.

ritto di proprietà, non costituisce un *diritto di usufrutto* (1).

L' usufrutto si estingue colla consolidazione, ossia riunione nella stessa persona delle qualità di usufruttuario e di proprietario (art. 515). L' ipoteca, costituita sull' usufrutto, cessa quando l'usufrutto si estingue colla consolidazione? Il Proudhon distingue in proposito la consolidazione che si avvera per una causa *volontaria* (rinunzia fatta dall' usufruttuario), e la consolidazione che ha luogo per *causa indipendente dalla volontà delle parti* (proprietà lasciata per testamento all'usufruttuario). Nel primo caso non si estingue l' ipoteca. « L' usufruitier ne peut avoir la faculté d' anéantir arbitrairement les effets du gage, qu'il avait donné à son créancier.» Si estingue invece nel secondo caso (2). Questo discernimento a buon diritto è respinto dal Paoli. Innanzi tutto, egli osserva, per noi sta la legge, la quale con la sua lettera chiara e tassativa annovera la *consolidazione* fra i modi con i quali l'usufrutto si estingue. L'affaticarsi, come si fa, a mettere in campo sottigliezze di ogni maniera per distinguere la consolidazione dagli altri modi di estinzione dell' usufrutto, ed attribuirle effetti giuridici diversi da quelli che dagli altri modi scaturiscono, ci pare, che sia un violare e non un interpretare la legge, un creare arbitrariamente una distinzione che la legge non fa; insomma un enunciare proposte, suggerite, se vuolsi, dalla equità, e che potrebbero essere meditate e forse anco accolte in gius constituendo, ma che ci paiono assolutamente inammissibili di fronte al gius costituito (3).

Questa dottrina si trova accolta in una sentenza della Corte di appello di Brescia, la dottrina cioè che la consolidazione dell' usufrutto con la proprietà, comunque avvenga, produce sempre l'estinzione dell'ipoteca iscritta sull'usufrutto. Osservò la Corte, che la legge annovera, all'art. 515 del Co-

(1) V. Bianchi (Emilio), *La ipotecabilità dell'usufrutto, studio sull'articolo 1967, num. 2 del Codice civile italiano;* nell' *Archivio giuridico,* Vol. XX.

(2) V. Proudhon, *De l'usufruit,* Vol. IV, num. 2071; Dijon, 1823.

(3) V. Paoli, *Delle servitù personali,* num. 268; Firenze, 1887.— La tesi opposta è propugnata dal Duranti, *Della ipoteca in ordine alla consolidazione dell'usufrutto sul quale è costituita;* nel *Monitore dei tribunali,* anno XXVII, num. 38.

dice civile, fra i modi per i quali l'usufrutto si estingue, la consolidazione, ossia la riunione nella stessa persona delle qualità di usufruttuario e di proprietario, tanto se avvenga nella persona che ha la nuda proprietà dei beni, quanto se nell'altra che ha dei beni il solo usufrutto; quindi, senza distinzioni di casi, la consolidazione estingue sempre l'usufrutto, come lo estinguono gli altri modi dallo stesso articolo indicati. E nella stessa maniera che l'ipoteca si estingue per la distruzione dell'immobile che ne è gravato (art. 2029), così l'ipoteca costituita sull'usufrutto di beni immobili, che è considerato come immobile dalla legge (art. 415), e che è dichiarato espressamente capace di ipoteca dall'art. 1967, numero 2, si estingue essa pure e vien meno ognora che si perima e si estingua l'usufrutto per consolidazione; perchè, nell'uno e nell'altro caso, vien meno il soggetto della ipoteca, come appunto è detto nella L. 8, D. *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur:* « Sicut re corporali extincta, ita, et usufructu extincto, pignus hypothecave perit. » La teoria di due specie di usufrutto, l'uno *formale,* l'altro *causale,* nel quale ultimo si vorrebbe passata l'ipoteca costituita sull'usufrutto *formale,* estinto per consolidazione volontaria, non ha verun fondamento razionale, e neppure nei testi del Diritto romano; e non si può quindi ammettere che, estinto l'usufrutto *formale* per volontaria consolidazione, l'ipoteca che lo colpiva continui a sussistere sull'usufrutto *causale,* ossia sul diritto di usare e godere che ha il proprietario della cosa sua. Il Codice civile non riconosce che un solo usufrutto, quello che consiste nel diritto di godere delle cose di cui altri ha la proprietà. Il pericolo di abbandonare alla mala volontà, o al capriccio del debitore le sorti del creditore, al quale può, quando che sia e gli piaccia, far perdere le garantìe, rinunziando gratuitamente o per correspettivo all'usufrutto, non basta a giustificare la mancanza di applicazione dei principî di diritto e della legge; oltrechè, se la volontaria consolidazione sia fatta in frode, il creditore può farla rivocare con l'azione pauliana, o altrimenti domandare al debitore una nuova ipoteca, e, in mancanza, il pagamento del debito (articolo 1980). Invano, dai sostenitori dell'opinione contraria, si invoca anche l'equità; la quale, si dice, non permette che abbia a dipendere dall'arbitrio del debitore l'annullare la garantìa della sua obbligazione; come, invano si argomenta

dalla disposizione dell'art. 1951, richiamato dall'art. 2029, num. 2, per affermare, che, se il legislatore, per ragioni di alta moralità, ha ammesso che il diritto d'ipoteca si faccia valere anche dopo la totale distruzione dell'immobile, sulle somme dovute dagli assicuratori, non potrà poi avere voluto che, meno gravi essendo gli ostacoli giuridici da superare, e concorrendo ragioni di moralità forse più forti, l'ipoteca sull'usufrutto perda la sua efficacia per la sopravvenuta consolidazione; imperocchè, prima di tutto, dove la legge ha chiaramente disposto, male si ricorre all'equità per non applicarla e violarla; in secondo luogo, da una disposizione singolare, come è quella dell'art. 1951, nulla si può trarre a favore di un caso diverso, come è quello di cui ora si discorre, e che il legislatore ha abbandonato ai principî e alle regole ordinarie del diritto (1).

Giova notare col Grenier, che quando la nuda proprietà di un immobile è stata ipotecata in un tempo in cui l'usufrutto dello stesso immobile apparteneva ad un'altra persona, allorchè questo usufrutto, sia per la morte dell'usufruttuario, sia per cessione da questo fatta al proprietario, si consolida colla proprietà, l'ipoteca, quantunque costituita sulla nuda proprietà, cade sulla proprietà piena, vale a dire sopra ciò che prima formava e la nuda proprietà e l'usufrutto. Questa è appunto la decisione che ci presenta il Diritto romano: « Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus qui postea adcreverit, pignori erit. » (L. 18, D. *de pignoratitia actione*). Il Mornac, a proposito di questo frammento, ricorda la massima: *quod accedit pignori, pignus est* (2).

3.° Sono capaci d'ipoteca i diritti del concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici. Questi diritti sono dalla legge considerati immobili per l'oggetto a cui si riferiscono (articolo 415). Nel caso di *devoluzione* le ipoteche acquistate contro l'enfiteuta si risolvono sul prezzo dovuto pei miglioramenti. Nel caso di *affrancazione* le ipoteche acquistate contro il concedente si risolvono sul prezzo dovuto per l'affrancazione (articolo 1567). Quando il Codice, nei due primi numeri del-

(1) Corte di appello di Brescia; sentenza dei 3 ottobre 1887; nel *Foro italiano,* anno 1888, parte I, pag. 363.

(2) V. Grenier, *Traité des hypothèques,* Vol. II, num. 144; Clermont-Ferrand, 1822.

l'art. 1967, parla dell'ipoteca costituita sui beni immobili e sull'usufrutto degli stessi beni, accenna in termini espressi ai *loro accessori riputati come immobili.* Non si trova questa dichiarazione in rapporto all'ipoteca che si può costituire sui diritti del concedente e dell'enfiteuta in tema di beni enfiteutici. Questa ipoteca si estende agli accessori, designati negli articoli 413 e 414 del Codice? Per quanto si attiene all'ipoteca sul diritto del concedente, è chiaro che non si può parlare di estensione dell'ipoteca agli accessori del fondo enfiteutico; imperciocchè il diritto del concedente si limita al *canone,* cioè all'annua determinata prestazione in danaro o in derrate, che deve pagargli l'enfiteuta. L'ammontare del canone è sempre lo stesso, si trovino o pur no gli accessori sul fondo. Per quanto riguarda l'ipoteca sul diritto dell'enfiteuta, indubbiamente essa colpisce gli accessori del fondo. Questa ipoteca, come bene osserva il Ricci, prende di mira il valore del fondo, detratto il canone che si paga al concedente; e poichè a costituire questo valore concorrono pure gli accessori, l'ipoteca si estende ancora ad essi. L'accessorio, d'altronde, ed è questa regola di diritto e di logica, segue la sorte e la condizione del principale; il vincolo pertanto che questo colpisce non può non colpir quello (1).

4.° Sono capaci d'ipoteca le rendite sopra lo Stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico. La Legge organica del Gran Libro del debito pubblico del Regno d'Italia porta la data dei 10 luglio 1861. Statuisce questa Legge, che le iscrizioni nominative, benchè mobili, potranno essere sottoposte a vincolo o ad ipoteca speciale e convenzionale, sia mediante atto pubblico, sia mediante dichiarazione presso l'Amministrazione del Debito pubblico fatta dal titolare o dal suo procuratore speciale, e certificata da un Agente di cambio, Notaio od altro pubblico Ufficiale, per assicurare la identità e la capacità giuridica della persona del dichiarante (art. 24). Dell'ipoteca sarà fatta precisa e specifica annotazione tanto sull'iscrizione, quanto sul relativo certificato, indicandosi anche l'atto dal quale deriva o viene riconosciuta (art. 26). L'ipoteca sarà identicamente conservata e trasportata nei passaggi e traslazioni delle iscrizioni (art. 27). Una iscrizione non può essere soggetta che ad una sola ipoteca (art. 28).

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, num. 146.

171. Delle varie specie d'ipoteca.

Bibliografia. — 1.° Gentilis (Scip.), *De pignoribus et hypothecis constituendis et solvendis* (Norib. 1596); — 2.° Meier, *De hypotheca mulieris in dotis repetitione* (Argentor. 1620); — 3.° Mylii, *De reservatione hypothecae a venditore facta in securitatem pretii residui* (Halae, 1704);—4.° Ludovici, *De hypotheca tacita fisci propter debita ex delicto* (Halae, 1720); — 5.° Crellii, *De hypotheca conventionali* (Viteb. 1751);—6.° Biben, *De legali pupillorum et eorum, quibus bonis interdictum est, hypotheca* (Groen. 1819); — 7.° Verduynen, *De hypothecis legalibus in jure romano* (Leodii, 1824);— 8.° Valette, *De l'hypothèque judiciaire* (nella *Revue de Droit français et étranger*, Vol. XVI, pag. 912 e seg.); — 9.° D'Alverny, *De l'hypothèque légale de la femme mariée* (Grenoble, 1858); — 10.° Perriquet, *De l'hypothèque judiciaire* (Auxerre, 1860);—11.° Lariche, *De l'hypothèque judiciaire* (Paris, 1861); — 12.° Colombini, *Dell'ipoteca giudiziale* (Torino, 1864); — 13.° Bernard, *De l'hypothèque légale de la femme mariée* (Poitiers, 1869); — 14.° Légey, *De l' hypothèque conventionnelle* (Chalon-sur-Saone, 1869); — 15.° Franzini, *Se competa, sotto l'impero del Codice civile italiano, l'azione ipotecaria ai legatari, a fine di esigere l'intiero dei legati* (nella *Gazzetta dei tribunali*, anno XXV, num. 2541; 24 dicembre 1872);—16.° Caill, *De l'hypothèque conventionnelle* (Brest, 1876);— 17.° Roselli, *Se una sentenza di condanna al rendimento del conto conferisca il diritto all'ipoteca giudiziale* (nel *Foro italiano*, anno 1877, parte I, pag. 86 e seg.); — 18.° Castelbolognesi, *Osservazioni sulla ipoteca legale dei condividenti secondo il Codice civile italiano* (nella *Rivista legale* di Modena, anno 1877, pag. 33 e seg.); — 19.° Jutier, *De l'hypothèque légale* (Paris, 1877); — 20.° De Rossi, *L'ipoteca convenzionale derivante da un atto estero* (nel *Giornale delle leggi*, anno 1878, pag. 169 e seg.);—21.° Napolitani, *Dell'ipoteca giudiziale* (nella *Gazzetta dei tribunali*, anno XXIX, num. 2984; 17 luglio 1879); — 22.° Beltrano, *Dell' indole dell' ipoteca legale derivante dall' atto di alienazione, e dei suoi effetti rimpetto ai terzi* (nel *Filangieri*, febb. 1881);—23.° Mazzoli, *Il divieto di alienare, di cui all' articolo 2085 Codice civile, importa pur quello di ipotecare?* (nella *Rivista giuridica* di Bologna, anno 1883, pag. 129 e seg.); — 24.° Jouanneau, *De l'hypothèque des biens à venir* (Paris, 1887); — 25.° Cannada-Bartoli, *Intorno l'ipoteca giudiziale iscritta dopo la cessazione dei pagamenti* (Napoli, 1888); — 26.° Ballerini,

Se l'azione di nullità dell'ipoteca costituita sui beni del debitore fallito nel tempo della cessazione dei pagamenti possa esercitarsi dai singoli creditori dopo il concordato; e se ai creditori medesimi competa il diritto alla radiazione della iscrizione ipotecaria dichiarata nulla nel loro interesse (V. *Dritto e giurisprudenza*, anno IV, num. 5; 3 luglio 1888);—27.° Scialoia, *Se possa iscriversi sui beni di una eredità giacente od accettata con beneficio d'inventario l'ipoteca giudiziale in forza di sentenza proferita mentre viveva ancora il debitore convenuto* (nell'*Antologia giuridica*, anno 1890, pag. 128 e seg.); — 28.° Guastamacchia, *L'ipoteca legale della moglie nel Diritto moderno italiano* (Trani, 1891); — 29.° Gillard, *La constitution de l'hypothèque conventionnelle* (Paris, 1892); — 30.° Nicolello, *L'ipoteca legale degli incapaci nel Diritto internazionale privato* (nell'*Archivio giuridico*, Vol. LIV, pag. 109 a 136, anno 1895); — 31.° Bonelli, *Le ipoteche per sovvenzioni future* (nel *Foro italiano*, anno 1895, pag. 780 e seg.).

L'ipoteca è legale, giudiziale o convenzionale (art. 1968). Nel seno della Commissione Coordinatrice, il Chiesi propose che, ad esempio della Legge ipotecaria belga, si fosse aggiunta la parola *testamentaria*, poichè l'ipoteca può costituirsi anche con un testamento, e questa non cade in veruna delle categorie sovraindicate, non potendosi dire che l'ipoteca così costituita sia nè legale, nè giudiziale, nè convenzionale. Ma la Commissione non accolse la proposta. « La Commissione, pur riconoscendo il merito scientifico di questa proposta e che la medesima potrebbe essere soggetto di studi, non crede tuttavia che si possa fin d'ora accettare, perchè l'ipoteca testamentaria in pratica ed anche in diritto è compresa nella ipoteca convenzionale, e potrebbe essere pericoloso ed originare non poche questioni il farne una classe a parte; massime che in tal caso converrebbe regolarla con diversi e distinti articoli, di cui si accrescerebbe il Codice senza pratica utilità, poichè, almeno nella pluralità dei casi, supplisce sufficientemente all'effetto di questa ipoteca il diritto di separazione dei patrimoni, massime come è regolato ora dal Codice stesso (1). » Senza allontanarci dall'ordine accolto dal legislatore, parleremo distintamente: 1.° Dell'ipoteca legale; 2.° Dell'ipoteca giudiziale; 3.° Dell'ipoteca convenzionale.

(1) Verb. num. 41 della Commissione Coordinatrice.

I.

Dell'ipoteca legale.

Nessuna convenzione è necessaria per stabilire l'ipoteca legale; essa deriva *dalla legge,* la quale vuole che la ipoteca esista, come se fosse stata stipulata. « Lex in omnibus tacitis hypothecis fingit pactionem et conventionem partium contrahentium, et est perinde ac si in veritate hypotheca illa fuisset constituta per conventionem partium (1). » Nelle Pandette si trova un titolo speciale, *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur* (Lib. XX, tit. II), e dallo stesso si ricava che, nel sistema del Diritto romano, le ipoteche stabilite per ministero di legge ascendevano al numero di ventisei (2). In Francia, nel 1850, il Wolowski presentava al Corpo Legislativo una proposta diretta all'abolizione delle ipoteche legali. Egli notava i danni che risentiva il credito fondiario da queste ipoteche, stabilite a guarentigia di diritti eventuali: « ces droits éventuels, ces droits qui peuvent ne jamais naître. » Ma noi non possiamo censurare il legislatore italiano per avere accolto l'istituto delle ipoteche legali. Nell'ordinamento del nostro Codice, anche in rapporto a queste ipoteche, si è prestato omaggio ai principî fondamentali del sistema ipotecario: la specialità e la pubblicità. Per quanto si attiene agli interessi del credito fondiario, indubbiamente l'autore della legge deve tenerne conto, ed il Codice italiano non è venuto meno a questo dovere; ma la guarentigia delle ragioni del credito fondiario non poteva, senza ingiustizia verso diritti egualmente sacri, egualmente meritevoli delle

---

(1) V. Negusanzio, *De pignoribus et hypothecis*, Pars secunda, Quartum membrum, num. 2; Venetiis, 1566. — L'antica scuola chiamava *tacita* quell' ipoteca che oggi si chiama *legale*. « Hypothecam lubet dividere potissimum in expressam sive conventionalem, et in tacitam, sive legalem. *Expressa* dicitur, quando voluntate contrahentium constituitur, debitore bona, quae possidet, obligante, et creditore bonorum obligationem pro cautione acceptante. *Tacita* sive legalis dicitur, quae ab ipsa lege inducitur, et aliquorum favore. » De Rosa, *Civilis Decretorum praxis*, Cap. XII, num. 112 a 115; Neap. 1773.

(2) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, num. 416.

considerazioni del legislatore, oltrepassare quei confini oltre i quali *nequit consistere virtus,* diremo col poeta latino.

L'ipoteca legale, come abbiamo precedentemente notato, è quella il cui stabilimento deriva dall'autorità della legge; pur essendo necessaria, nel sistema del Codice, la *iscrizione* della medesima, perchè abbia efficacia nel concorso dei creditori. L'ipoteca legale ha dunque la stessa origine del privilegio. Il privilegio, lo abbiamo in sede propria avvertito, promana *ex legis auctoritate*, non si concepisce che le parti possano aggiungere un privilegio a quelli enunciati dal Codice; ed è questa pure la genesi delle ipoteche legali. Ma, ed è questa una osservazione che ci sembra di non lieve importanza, fatta dagli espositori del Codice francese, l'autore della legge nello stabilimento delle ipoteche legali si è informato ad un criterio diverso da quello che lo ispirava nello stabilimento dei privilegi. Il privilegio è un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del credito; abbiamo richiamato il testo dell'articolo 1952. All'opposto, nel determinare i casi in cui è concessa l'ipoteca legale, il Codice tiene conto della *qualità del creditore*, e non della *causa del credito*. Spieghiamo questo concetto. Tra i privilegi speciali ammessi dal Codice troviamo quello per le spese fatte per la conservazione o pel miglioramento di mobili, sopra gli stessi mobili conservati o migliorati. Il legislatore ha tenuto conto di questa considerazione, che senza le spese designate al numero settimo dell'articolo 1958, la cosa o non esisterebbe o avrebbe un valore inferiore. La legge si ferma alla *causa del credito*, non si preoccupa della *persona del creditore*. Ma la cosa procede diversamente nel riconoscimento delle ipoteche legali. Ad esempio, nel sistema del Codice hanno ipoteca legale il minore e l'interdetto sui beni del tutore. E la ragione è questa, che il minore e l'interdetto, a causa della loro incapacità, del loro stato di dipendenza dal tutore, meritavano questo favore da parte del legislatore. Questa ipoteca è data al minore ed all'interdetto a guarentigia dei crediti che hanno contro il loro tutore. La qualità del credito non preoccupa qui il legislatore; esso ha riguardo soltanto alla qualità del creditore (1). Dob-

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 1221; Paris, 1892.

biamo però soggiungere che questo principio, la ipoteca legale essere stabilita avuto riguardo alla qualità del creditore, non può essere accettato assolutamente nel sistema del Codice italiano, come assolutamente si enuncia dagli espositori del Codice francese. Quando si tratta dell'ipoteca concessa all'alienante, sopra gli immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione, certamente, e di qui a poco l'avvertiremo, non si può parlare di ipoteca fondata su considerazioni personali. Ma, pur facendo questa limitazione, che ci era imposta dall'ordinamento del Codice italiano, e pur soggiungendo che per qualche altro caso di ipoteca legale non si ravvisa spiccatamente l'applicazione del principio generale proclamato dagli interpreti del Codice francese, non possiamo disconoscere che questo principio, come criterio generale, deve seguirsi anche sotto l'impero del Codice italiano.

Nel sistema dell'antico Diritto italiano troviamo parecchi esempi di ipoteca legale. Colui che aveva alienato uno stabile, e non aveva per anco conseguito il pagamento del prezzo, godeva il benefizio di una speciale ipoteca sullo stabile stesso. La moglie aveva ipoteca sui beni del marito per la dote, la controdote e l'aumento dotale; benefizio che, riguardo alla dote, qualche Statuto concedeva alle donne anche verso chi l'avesse loro promessa. A guarentigia dei pupilli e di coloro che erano sottoposti a cura, fu ammessa l'ipoteca sul patrimonio degli amministratori delle loro sostanze (1).

Ed ora passiamo alla esposizione del sistema accolto dal Codice italiano; passiamo a determinare i diversi casi d'ipoteca legale.

Giusta l'art. 1969 hanno ipoteca legale: 1.° Il venditore od altro alienante, sopra gli immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione; 2.° I coeredi, i soci ed altri condividenti, sopra gli immobili caduti nell'eredità, società o comunione, per il pagamento dei rifacimenti e conguagli; 3.° Il minore e l'interdetto, sui beni del tutore a norma degli articoli 292 e 293; 4.° La moglie, sui beni del marito per la dote e per i lucri dotali; 5.° Lo

---

(1) V. Pertile, *Storia del diritto italiano*, Vol. IV, § 154; Padova, 1874.

Stato sopra i beni dei condannati per la riscossione delle spese di giustizia in materia criminale, correzionale e di polizia, compresi in essi i diritti dovuti ai funzionari ed agli uffiziali giudiziarii.—Noi dobbiamo arrestarci intorno all'esame di ciascuno dei numeri dell'art. 1969. Ma, in via preliminare, giova rispondere alla domanda: avuto riguardo al sistema del Codice italiano, si può riconoscere a favore dei legatari una ipoteca legale, sopra i beni della eredità, per ottenere il pagamento del legato?

Tale quistione si trova svolta egregiamente in una sentenza della Corte di appello di Genova, dove è ritenuta la opinione negativa. E poichè a noi sembra che tale dottrina appunto deve essere propugnata nel campo scientifico, vogliamo riferire il ragionamento della Corte:

« Il vigente Codice civile non contiene veruna disposizione che accenni ad una ipoteca competente al legatario sui beni ereditari per la riscossione del legato; e male argomenterebbesi a favore di un tal diritto dall'articolo 1029, là dove è sancito che gli eredi sono tenuti ai debiti e pesi ereditari personalmente in proporzione delle loro quote, ed ipotecariamente per l'intiero. Oltrechè questo articolo parla soltanto di debiti e pesi ereditari, ed ha la sua sede nella sezione V del titolo II, Libro III, intitolata: *Del pagamento dei debiti*, e quindi vi sarebbe a dubitare se possa anche riferirsi a legati; giova osservare, che la dottrina e la giurisprudenza sono ormai d'accordo nell'interpretazione di quella disposizione, nel senso che il legislatore, dicendo che gli eredi sono tenuti ipotecariamente per l'intiero, intese di provvedere al caso di debiti e pesi la cui soddisfazione sia già garantita da ipoteca, e non già di accordare *ex novo* un' ipoteca legale ai creditori, legatari ed a chiunque abbia delle ragioni attive da esperire sopra un'eredità. È vero, che l'articolo 860 Codice albertino, riferentesi ai legati, era concepito negli stessi termini dell'articolo 1029 Codice italiano, colla sola differenza, che quest'ultimo, con una espressione più ampia e generica, abbraccia qualsiasi peso ereditario; ed è vero altresì, che sotto quella legislazione non si è mai dubitato, che al legatario competesse un'ipoteca legale sui beni componenti l'eredità. Ma da ciò non si può trarre nessun argomento favorevole alla causa della ricorrente, perchè all'articolo 860 corrisponde un'altra disposizione dello stesso Codice che lo completa, ed è il se-

condo alinea dell'articolo 2211, in cui si dice, che « l'iscrizione dell'ipoteca legale dei legatarii, di cui negli articoli 860 e 861, presa nei tre mesi dall'apertura della successione, produrrà lo stesso effetto che l'iscrizione del privilegio di separazione; » quale disposizione invano si cercherebbe nel vigente Codice civile (1). »

I giureconsulti dell'antica scuola, in ossequio alla teoria del Diritto romano, concordemente insegnavano, che pei legatari non può disconoscersi la ipoteca legale a guarentigia del pagamento del legato. Citiamo in primo luogo il Negusanzio, la cui opera sul sistema ipotecario ebbe, e non a torto, come ha osservato il Grenier, grande autorità sino al tramonto del secolo XVIII. Egli notava: « Quintusdecimus casus in quo de jure introducitur tacita hypotheca est in bonis testatoris pro legatis ab eo factis (2). » Citiamo in secondo luogo il Voet, che osservava colla sua abituale precisione: « Effecit et favor implementi ultimarum voluntatum, ut legatariis et fideicommissariis hypotheca per leges concessa fuerit in bonis defuncti pro legati ac fideicommissi per eum relicti securitate. » L'effetto di tale ipoteca sta in ciò, che i legatari ed i fedecommessari « creditoribus heredis anteponendi sint in defuncti rebus, si forte heres ita obaeratus sit, ut bona defuncti, mixta bonis heredis, non suffectura sint aeri alieno defuncti et heredis ac legatorum obligationi (3). » Sotto l'impero dell'antica giurisprudenza francese fu trattata dai più illustri giuristi la quistione, se dovesse o pur no ammettersi la ipoteca legale a favore dei legatari (4). Il Codice Napoleone statuì, all'articolo 1017, che gli eredi del testatore, o altri debitori del legato: « seront personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession. Ils en seront tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs. » Ar-

(1) Corte di appello di Genova; sentenza dei 27 dicembre 1879; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1880, parte III, pag. 67.

(2) V. Negusanzio, *De pignoribus et hypothecis*, Pars II, Quartum membrum, num. 157; Venetiis, 1566.

(3) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XX, tit. II, num. 21; Hagae-Comitum, 1731.

(4) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. III, § 722.

restandosi su questo articolo del Codice la più parte degli espositori del medesimo riconosceva l'ipoteca legale a favore dei legatari; i giureconsulti che maggiormente si sono versati nell'esame della quistione sono stati il Merlin, il Persil, il Battur, il Duranton e il Troplong. La giurisprudenza prestava omaggio alla dottrina prevalente fra gli scrittori. Come dice il Laurent: « la jurisprudence est dans le même sens (1). » Nel sistema del Codice italiano (e nella sentenza della Corte di Genova è provato benissimo) non può ammettersi ipoteca legale a favore dei legatari. Il nostro Codice ha garantito pienamente il diritto dei successori particolari coll'istituto della *separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*. Questa separazione, è statuito nell'articolo 1032, si può domandare dai creditori dell'eredità e dai legatari. E si trova dichiarato, nell'articolo 2055, che la separazione ha per oggetto il soddisfacimento, col patrimonio del defunto, dei creditori di lui e dei legatari che l' hanno domandata, preferibilmente ai creditori dell'erede. E così i legatari, nella ipotesi dell' *heres obaeratus*, saranno sicuri del soddisfacimento di ciò che ad essi è dovuto per volontà del testatore. Non possiamo dar termine all'esame di questa controversia, sollevatasi sotto l'impero del Codice, senza ricordare una sentenza della Corte di Trani, dove si trova enunciata una teoria del tutto opposta a quella che abbiamo esposta superiormente. Decideva la Corte, che, nel sistema del Codice civile italiano, il legatario ha l' azione ipotecaria per l' intiero sulla quota di ciascuno dei coeredi. Osservò fra l' altro: « Se il legato pel testatore non costituisce un debito, perchè un atto di pura beneficenza e di liberalità, revocabile, a differenza di una vera donazione, dopo che egli passò a miglior vita, rispetto alla eredità di lui, a questo ente giuridico astratto che continua la persona del defunto, il legato è un debito ed un peso come ogni altro peso, è debito ereditario che ha per garantia il patrimonio del defunto. Ed il diritto del legatario, come quello del creditore della eredità, nasce uno ed indiviso (2). » E la sentenza, che è lunghissima, continua in questo modo, richiamando insieme le disposizioni delle leggi anteriori e

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXX, num. 250.

(2) Corte di appello di Trani; sentenza dei 17 agosto 1871; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1872, parte II, pag. 464.

del Codice italiano. Ma noi non abbiamo il dovere di arrestarci intorno all'esame del ragionamento della Corte, che apertamente è in contrasto col sistema del Codice. Un espositore del Diritto italiano, che di regola si mostra ossequentissimo alle decisioni che richiama, in rapporto alla sentenza della Corte di Trani non ha potuto astenersi dall'osservare, che essa ha fatto dire « alle disposizioni del Codice quello che non dicono (1). » E, veramente, queste disposizioni sono così chiare, attestano con tanta evidenza di luce meridiana il pensiero del legislatore, che sembra impossibile il dubbio circa la interpretazione delle medesime. E se il dubbio è sorto, non può spiegarsi altrimenti se non applicando alla giurisprudenza ciò che Cicerone diceva in rapporto alle dottrine filosofiche; vale a dire, che non vi è opinione, per quanto strana, la quale non abbia trovato dei sostenitori. Certo, il Diritto romano, il Diritto intermedio, le legislazioni che preesistevano, servono ad illustrare i precetti del Codice vigente; ma il richiamo deve farsi con discernimento, altrimenti si avvera ciò che dice il nostro massimo poeta, che *a retro va chi più di gir s'affanna.* E poi, non sarà inutile l'osservare, che la teoria romana mal può invocarsi per sostenere il diritto del legatario ad ottenere integralmente il legato, in forza dell'azione ipotecaria, da ciascuno degli eredi. Giovanni Voet, al luogo citato precedentemente, nota di proposito, che il Diritto romano, circa gli effetti dell'azione ipotecaria concessa ai legatari, fece eccezione alla regola generale della indivisibilità del pegno. Ecco le parole dell'illustre giureconsulto: « Cum vulgo pignoris causa individua sit, hic ex adverso placuit Justiniano non ultra unumquemque hypothecaria conveniendum esse, quam in quantum personalis actio adversus eum moveri potest. » Ed il Vinnio ci presenta la stessa osservazione: « Illud monere non inutilem visum, actionem hypotecariam, quam Justinianus pro legatis et fideicommissis concessit, ipso jure inter plures heredes divisam esse; quod speciale est et contra ordinariam naturam actionis hypothecariae, quae alias semper individua est (2). »

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II, § 4191.

(2) V. Vinnio, *Institutionum,* Lib. II, tit. XX, § 2, num. 4; Venetiis, 1754.

A.

Ipoteca del venditore o di altro alienante.

Ha ipoteca legale il venditore od altro alienante, sopra gli immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione (art. 1969, num. 1). L'ipoteca legale del venditore non esisteva nel Diritto romano; tuttavia è dal sistema romano che questa ipoteca trae la sua origine. Quando il pagamento del prezzo non dovea compiersi immediatamente, il venditore, per garantìa dei suoi diritti, ricorreva alla clausola *de precario;* egli rimetteva al compratore soltanto il possesso *precario* della cosa. In tal modo egli ne conservava indefinitamente la proprietà ed anche il possesso *civile* (L. 3, § 5, D. *de adq. poss.*). Proprietario, egli potea rivendicarla verso e contro tutti; egli avea dippiù, di fronte al compratore, un'azione più pronta, l'interdetto *de precario* (L. 8, §§ 3 e 7, D. *de precario*). Ora, siccome il precario poteva risultare anche dalla tacita volontà delle parti, tale convenzione, nella ipotesi superiormente figurata, della vendita senza pagamento immediato del prezzo, dovette essere facilmente supplita dal giudice, e s'introdusse l'uso di presumerla sempre, salva al compratore la prova del contrario (L. 19, D. *de contrah. empt.*). Ciò premesso, se si esamina nella sostanza la situazione giuridica delle parti, relativamente alla cosa venduta, non la si trova nel Diritto romano molto diversa da quella che essa è sotto l'impero del Codice. La differenza è più di forma che di sostanza. Secondo il Diritto romano, il venditore resta proprietario, ed il compratore non è che un possessore precario. Secondo il Codice, il venditore non è che un creditore, ma un creditore ipotecario! Il compratore è proprietario; ma un proprietario che non può completamente disporre della sua cosa, perchè essa è colpita *realmente* dalla ipoteca del venditore (1). Ed il Codice italiano (1.° cap. dell'art. 1942) ha voluto assicurare la ipoteca del venditore, anche oltre i confini che erano imposti dall'ossequio dovuto ai

(1) V. Demante, *Études sur les origines romaines du Droit français;* nella *Revue critique de législation,* Vol. IV (anno 1854).

supremi principii cui s'informa, nello stesso Codice, il sistema ipotecario.

Premesse queste considerazioni storiche, passiamo all'esame dommatico dell'ordinamento sancito dal nostro legislatore.

1) Nel campo della dottrina e della giurisprudenza si è discusso: se, trattandosi di alienazione a titolo gratuito, competa l'ipoteca legale. L'articolo 1051 del Codice statuisce in termini espressi, essere donazione anche la liberalità per cui s'imponga qualche peso al donatario. Ora, fattasi una simile donazione, compete al donante ipoteca legale sopra gli immobili donati, a guarentigia del peso imposto al donatario? A noi sembra evidente, che a tal domanda si debba rispondere in senso affermativo.

Il testo della legge è chiarissimo. L'articolo 2103, numero 1.° del Codice Napoleone dispone, che ha privilegio: « le vendeur, sur l'immeuble vendu, pour le payement du prix. » Invece il Codice italiano, al num. 1.° dell'articolo 1969, statuisce che ha ipoteca legale: « il venditore od altro alienante, sopra gli immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione. » Adunque, l'ipoteca legale (sostituita al privilegio che si concedeva dal Codice francese) compete non al solo venditore, ma a qualunque *alienante;* essa compete a guarentigia non del solo pagamento del prezzo, ma *per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione.*

Non varrebbe l'obiettare che il donante, nel caso che il donatario non adempia il peso, può domandare la risoluzione della donazione; e quindi riesce a lui inutile la guarentigia della ipoteca legale sopra gli immobili donati. A tale obiezione si risponde coll'osservare, che sono due diritti diversi quello di chiedere la risoluzione dell'atto e l'altro di domandare l'adempimento del peso imposto al donatario; il primo diritto non vuolsi confondere col secondo, il primo diritto non esclude il secondo. Può verificarsi l'ipotesi che il donante, alla risoluzione dell' atto preferisca l' adempimento del peso imposto al donatario, ed allora gli riesce utilissima l'ipoteca legale concessa a guarentigia *degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione*, ripetiamo le parole testuali di cui si serve il Codice. Certo, anche il venditore, nel caso che il compratore non paghi il prezzo, può domandare la risoluzione del contratto. E, quando pure nel contratto non si trovi in

proposito stipulata la condizione risolutiva espressa, il venditore si gioverà dell'articolo 1165, in forza del quale la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. Ora, sebbene il venditore abbia il diritto di chiedere la risoluzione del contratto nel caso che il compratore non adempia alle sue obbligazioni, la legge ha concesso al venditore la ipoteca legale sopra gli immobili venduti, a guarentigia appunto degli obblighi derivanti dall' atto di vendita. Questa ipoteca legale deve quindi essere vantaggiosa al venditore, anche di fronte al diritto di chiedere la risoluzione della vendita. Lo stesso ragionamento può farsi in rapporto al donante.

Un' ultima osservazione dobbiamo presentare a conforto della dottrina dianzi esposta. Nel sistema del Codice italiano, se la condizione risolutiva, espressa o tacita, si verifica per causa d'inadempimento dei pesi imposti al donatario, il donante può proporre la domanda di rivocazione, *senza pregiudizio però dei terzi che hanno acquistati diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda.* Svolgendo la teoria della trascrizione abbiamo dato ragione di questo sistema, riferendo le parole della Relazione ministeriale. Ora, tenuto conto di tal sistema, riesce evidente come sia utilissimo al donante lo stabilimento della ipoteca legale sopra gli immobili donati, a guarentigia della esatta osservanza del peso imposto al donatario (1).

2) L'ipoteca legale è concessa all'alienante, a guarentigia dell'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione; ripetiamo novellamente la formola della legge. Gli effetti della ipoteca si limitano agli obblighi costituiti a favore dell'alienante, ovvero si estendono anche agli obblighi stabiliti a favore di un terzo (ipotesi preveduta e governata

---

(1) V. in proposito una monografia del Saredo: *Il donante ha egli ipoteca sull' immobile donato?* (nella *Legge*, anno 1874, parte III, pagina 409). — V. pure Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche secondo il Codice civile italiano,* Vol. I, num. 143. Questo scrittore ricorda due sentenze della Corte di Cassazione di Firenze, dove è accolta la dottrina superiormente esposta. La prima, dei 9 giugno 1874 (nella *Giurisprudenza italiana,* anno XXVI, parte I, pag. 801). La seconda, dei 7 luglio 1874 (nella *Legge,* anno 1874, pag. 868).

dal capoverso dell'art. 1128)? La Corte di Bruxelles, applicando il Codice Napoleone, che ammette il privilegio del venditore pel pagamento del prezzo, decise negativamente; ritenne cioè che il privilegio non poteva favorire le ragioni del terzo (1). Il Laurent manifesta la stessa opinione: « On peut dire que la charge fait partie du prix, et que le privilége étant affecté à la créance, celui qui a droit à la créance doit aussi avoir droit au privilége. Il est vrai que c'est la créance du prix qui jouit du privilége, et non le vendeur; mais au moins faut-il que la créance forme un prix pour celui qui l'exerce; or, pour le tiers, la charge n'est pas un prix; il n'a pas vendu, il n'a donc pas droit à un prix de vente (2). » Questa dottrina, ha osservato il Pacifici-Mazzoni, deve giudicarsi esatta sotto l'impero del Codice francese, che concede il privilegio *pel pagamento del prezzo*. Ma deve essere respinta sotto l'impero del nostro Codice, che concede l'ipoteca legale *per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione*, e non pel solo pagamento del prezzo. Il nostro Codice esige, che gli obblighi che debbono essere assicurati dall'ipoteca legale derivino dall'atto di alienazione, ma non richiede ad un tempo che siano stabiliti a favore dell'alienante. D'altra parte, tenuto conto del sistema del nostro Codice, la diversità della persona del creditore non può far cessare l'ipoteca legale, che ha per causa la qualità del credito, non già quella della persona (3). Ed anche il Ricci ha propugnata la stessa dottrina, che veramente non si può contrastare quando si ha riguardo alla formola del nostro Codice, e la si paragona a quella usata nel Codice francese. La legge parla in genere di obbligazioni che mettono capo all'atto di alienazione; non distingue tra le obbligazioni assunte a favore dell'alienante, e le obbligazioni che, come condizioni della stipulazione, l'acquirente può avere assunte a favore di terzi. L'interprete non è autorizzato a distinguere tra le une e le altre, per non estendere a queste ultime l'ipoteca legale. Vuolsi però notare che, nella ipotesi dianzi preveduta, l'ipoteca deve essere

(1) Corte di appello di Bruxelles; sentenza dei 14 giugno 1817; nella *Pasicrasie*, anno 1817, pag. 292.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXX, num. 10.

(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, numero 123.

iscritta in nome dell' alienante, non già in nome del terzo, a cui favore l'obbligazione si è assunta, perchè la legge concede l'ipoteca all' alienante, e non al terzo. Ma iscritta l' ipoteca a nome dell'alienante, è logica conseguenza che giovi anche al terzo, per ciò che lo riguarda, vale a dire per la stipulazione fatta in suo favore (1).

3) Il Codice dispone, nel num. 1.° dell'art. 1969, che il venditore od altro alienante ha, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione, ipoteca legale *sopra gli immobili alienati*. Giova osservare, colla Corte di appello di Firenze, che l'ipoteca legale, spettante a colui che aliena un terreno, si estende all'edifizio che vi sia stato posteriormente costruito, senza bisogno di speciale iscrizione sul medesimo. È vero che l'articolo 1969 concede all'alienante l'ipoteca legale *sopra gl'immobili alienati*, per l' adempimento degli obblighi derivanti dall' atto di alienazione; ma è altresì vero che il precedente articolo 1966, nel definire in genere la forza e la estensione dell'ipoteca, dichiara che questa « si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle *costruzioni* ed altre *accessioni* dell'immobile ipotecato. » Lo che non è che la pura ripetizione delle massime stabilite in proposito dal Diritto romano nella L. 18, § 1, D. *de pegnorat. act.*; L. 16, L. 29, § 2, L. 35, D. *de pignorib. et hypotec.*; e basata sul principio generale dell'accessione: *jus soli sequitur aedificium*. Nè si dica che, adottando questa massima, si ammetterebbe un'ipoteca sull'edifizio, la quale è iscritta unicamente sul terreno, lo che sarebbe in contrasto coll'articolo 1987, il quale esige che la iscrizione ennunci, tra le altre cose, la natura e la situazione dell'immobile gravato, colle indicazioni volute dall'articolo 1979, cioè colla specifica designazione della sua natura, del comune in cui si trova, del numero del catasto o delle mappe censuarie, e di tre almeno dei suoi confini. L'obiezione infatti si fonda sull'erroneo concetto, che il suolo e l'edifizio sieno due cose diverse, o che almeno l'edifizio sia la parte principale, e il suolo la parte accessoria, mentre invece è vero in diritto, che suolo e edifizio costituiscono un ente unico, di cui la parte principale sta nel suolo, l'accessoria nell'edifizio; avvegnachè, per definire quale sia la

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, numero 159.

parte principale di una cosa, non si ha riguardo al maggior valore di una delle parti che la compongono, ma si dice principale quella senza della quale la cosa non potrebbe sussistere. Ed è appunto per questa ragione che si trova stabilito il principio giuridico: *omne quod solo inaedificatur solo cedit* (§ 29, Inst. *de rerum divis.*). Ora, la iscrizione che fu regolarmente accesa sul principale, cioè sul suolo, allorchè era nudo, viene di per sè ad estendersi anche all'edifizio posteriormente costruito; nè i terzi che hanno iscritte le loro ipoteche sull'edifizio potrebbero lagnarsi d'inganni o di sorprese, imperocchè sappiano o debbano sapere, che un'ipoteca anteriore iscritta sul suolo viene *ex vi accessionis*, e per disposto espresso di legge, ad investire tutto ciò che o naturalmente, come nell' alluvione, o per fatto dell' uomo, come nell'inedificazione, vi si venga ad aggiungere in progresso di tempo. Nè finalmente sarebbe ammissibile il concetto, che la *estensione* dell'ipoteca alle future costruzioni, di cui parla l'articolo 1966, debba intendersi voluta nel senso che il creditore ipotecario sul suolo possa poscia iscrivere la ipoteca anco sopra la fabbrica; poichè allora non si avrebbe veramente la estensione della ipoteca dal suolo all'edifizio, ma la scissione d'una ipoteca unica in due ipoteche distinte, l'una sul suolo con data anteriore, l'altra sull'edifizio con data posteriore (1). Per quanto si attiene alla interpretazione dell'articolo 1966 del Codice, vogliamo pure ricordare una sentenza del Supremo Collegio di Napoli. « Quando in Francia venne emanato il Codice di Napoleone fu ivi iscritto l'articolo 2133, nel quale era sanzionato soltanto, che l'ipoteca acquistata si estendeva a tutti i miglioramenti sopravvenuti nell'immobile ipotecato. Questa sanzione fu letteralmente riportata nelle Leggi Civili del 1819 per le provincie del mezzogiorno d'Italia, mercè lo articolo 2019. Malgrado però una locuzione cotanto laconica ciò non di meno, in Francia e nel mezzodì d'Italia, la scuola e la giureprudenza discussero la quistione, se per miglioramenti dell'immobile dovessero intendersi altresì le novelle costruzioni e le aggiunzioni; e, senza ricordare quanto pensavasi in proposito presso i francesi, basterà menzionare che nelle provincie meridionali d'Italia la giure-

(1) Corte di appello di Firenze; sentenza dei 26 giugno 1873; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1873, parte II, pag. 353.

prudenza divenne presso che pacifica per la soluzione affermativa del quesito. Venne il Codice italiano del 25 giugno 1865, e con l'articolo 1966 fu disposto così: l'ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni ed altre accessioni dell'immobile ipotecato. Chiaro si è, che i novelli legislatori intesero per siffatta disposizione di rimuovere ogni ulteriore ambiguità sul vocabolo *miglioramenti* del relativo articolo di precedente legislazione, codificando quello che era concetto della giureprudenza, cumulando perciò ai miglioramenti le costruzioni ed altre accessioni dell' immobile; per guisa che la disposizione in parola ben era considerata come dichiarativa, anzi che innovativa di quella che già vigeva nel più importante degli Stati italiani. Fu così che senza più possibilità di dubbiezza si risalì al sistema del Diritto romano, in cui vigeva la massima: *aedificium solo cedit*; e del quale vuolsi a preferenza ricordare la legge 29, D. XX, 1 (*de pignoribus et hypothecis*), così scritta: « Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius et extruxit; quaesitum est de jure pignoris? Paulus respondit, pignoris persecutionem perseverare, et ideo jus soli superficiem secutam videri, idest cum jure pignoris (1). »

4) Il venditore (e dicasi lo stesso di ogni altro alienante) può validamente rinunziare all'ipoteca legale e dispensare il conservatore dall'obbligo che gl' incombe, in forza dell' articolo 1985, di prendere iscrizione di uffizio, dell'ipoteca spettante al venditore, sull'immobile venduto, per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla vendita? A noi non par dubbia la risposta affermativa a questa domanda. Quando il Codice italiano stabiliva l'ipoteca legale pel venditore, intendeva certamente di concedere al medesimo un benefizio, una guarentigia per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione. Ora ciascuno, che sia libero dispositore dei suoi beni, può rinunziare ad un favore concessogli dalla legge: *his, quae pro se introducta sunt, renuntiare*. Un argomento di analogia, in tema di vendita, ce lo presenta l'articolo 1483 Codice civile. Il venditore è tenuto verso il compratore alla garantìa in caso di evizione totale o parziale della cosa venduta, quantunque, nel contratto di vendita,

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 30 maggio 1892; nella *Gazzetta del procuratore*, anno XXV, num. 16 (16 luglio 1892).

nulla siasi detto circa tale garantia. Ma, come statuisce il mentovato art. 1483, i contraenti possono con patti particolari accrescere o diminuire l'effetto di questa obbligazione di diritto, *e pattuire altresì che il venditore non sarà soggetto ad alcuna garantìa.* Anche qui troviamo un benefizio concesso dalla legge ad una delle parti contraenti; l'obbligazione di garantìa in caso di evizione. Ma la parte cui è diretto questo benefizio può liberamente rinunziare al medesimo, ed abbandonarsi alla fede dell'altro contraente. A queste considerazioni si deve aggiungere il richiamo del numero 3.° della tariffa annessa alla Legge 28 dicembre 1867, sugli *Emolumenti dei conservatori.* Questo numero, dopo di avere stabilito il diritto di una lira per la compilazione della nota richiesta allo scopo della iscrizione della ipoteca legale a favore del venditore, aggiunge queste parole: *semprechè il venditore non vi abbia espressamente rinunziato, o non abbia provveduto già da sè.* Queste parole terminative chiaramente dispensano il conservatore dall'obbligo della iscrizione, quando vi sia rinunzia da parte del venditore. Veramente, basterebbe tale disposizione per eliminare qualunque dubbiezza nella interpretazione della teoria del Codice, circa l'ipoteca legale concessa al venditore. Ma le considerazioni svolte superiormente servono a rafforzare viemeglio la tesi, e non si possono ritenere inutili. Infatti, sette anni dopo la Legge dianzi mentovata dei 28 dicembre 1867, noi troviamo una sentenza del Tribunale civile di Salerno, nella quale appunto si discute sull'argomento della rinunzia da parte del venditore all'ipoteca legale. Il conservatore pretendeva di non tener conto di quella rinunzia; assolutamente voleva prendere iscrizione in favore del venditore che al benefizio legale, in termini espressi, aveva rinunziato. Il Tribunale di Salerno ritenne la efficacia della rinunzia, ritenne che il venditore, nell'atto di alienazione, può validamente dispensare il conservatore delle ipoteche dal prendere iscrizione di uffizio sull'immobile venduto per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla vendita (1). Doveva sorgere la quistione dopo il chiaro dettato della Legge di dicembre 1867? Non doveva sorgere, ma essa è sorta, e quindi ci è sembrato opportuno

(1) Tribunale civile di Salerno; sentenza dei 16 novembre 1874; nella *Gazzetta dei tribunali,* anno XXVII, num. 2723.

di esaminare il vero concetto che informa il sistema del Codice italiano, intorno all'ipoteca legale concessa al venditore. Nello scorso secolo, la Convenzione francese formò il disegno di compilare un Codice di procedura civile in soli diciassette articoli. La proposta fu giustamente combattuta, e gli oppositori ricordarono una bella sentenza del principe amico di Voltaire, di Federigo II di Prussia: « Puisque l'injustice a créé un art d'embrouiller les affaires, il faut bien que la justice crée un art de les débrouiller. » Noi ripetiamo le parole del monarca prussiano, con una leggiera variante: quando la pratica forense mette in dubbio i principî più certi del Diritto, non riesce forse opportuno di assegnare il fondamento razionale su cui essi si adagiano (1)?

B.

Ipoteca dei coeredi, soci ed altri condividenti.

Hanno ipoteca legale i coeredi, soci ed altri condividenti, sopra gli immobili caduti nell'eredità, società o comunione, per il pagamento dei rifacimenti e conguagli (art. 1969, numero 2). A costoro è concessa ipoteca legale pel solo pagamento dei *conguagli* e *rifacimenti,* cioè a dire soltanto per quella parte dell'atto di divisione che racchiude sostanzialmente una vendita. « Non si è creduto di mantenerla anche per la garanzia reciproca delle quote in caso di evizione, essendo sembrato contrario ad un buon sistema ipotecario, che per un'obbligazione puramente eventuale, che nel maggior numero dei casi non produce effetti, la legge stessa conceda una cautela la quale potrebbe, in progresso di tempo, sottoporre pressochè tutti gli immobili ad ipoteche generali gli uni verso gli altri. Quando vi esista realmente un pericolo di evizione, le parti possono provvedervi con ipoteca convenzionale od altrimenti. » Così è dichiarato nella *Relazione ministeriale* del Pisanelli.

(1) V. in proposito due nostre monografie: 1.° *Della rinunzia da parte del venditore all'ipoteca legale ed alla relativa iscrizione* (nel *Giornale delle leggi*, anno XII, num. 46); 2.° *Ancora della rinunzia da parte del venditore all'ipoteca legale ed alla relativa iscrizione* (nel *Giornale delle leggi,* anno XIII, num. 2).

Ma quale è il vero significato delle due voci che il legislatore adopera nel numero secondo dell'articolo 1969, *rifacimenti* e *conguagli?* Nel significato comune la voce *rifacimento* vale *compensazione*, *ristoro di danni recati*; la voce *conguaglio* vale *pareggio*, e risponde all'*aequatio* dei latini, ed all'ἰσότης dei greci (1). Il significato giuridico è conforme al comune?

Il Pacifici-Mazzoni, nelle *Istituzioni*, riteneva, che: « per rifacimenti s'intende ciò che può essere dovuto ad alcuno dei condividenti per evizione sofferta nei beni assegnatigli nella divisione, siano essi corporali od incorporali, mobili od immobili. » Ad esempio, se nella divisione dell'eredità sia stato assegnato a ciascuno fra cinque eredi un fondo del valore di cinquantamila lire, e uno di essi ne venga evitto, la ipoteca legale è intesa a garantire all'erede evitto ciò che i coeredi gli debbono per causa dell'evizione sofferta; ma come essi non sono tenuti personalmente per questa causa che in proporzione della loro rispettiva quota ereditaria, così la ipoteca legale non grava sopra il fondo o i fondi loro assegnati nella divisione che sino alla concorrenza del loro debito personale. Quindi, nel suesposto caso, ognuno dei quattro fondi toccato ai quattro eredi che non hanno sofferto evizione è affetto dall'ipoteca legale per diecimila lire, quinto del valore dell'immobile evitto, proporzionale al quinto dell'eredità raccolta dai singoli coeredi. Colla voce *conguagli*, giusta il Pacifici-Mazzoni, vengono designati: « i rimborsi che l'uno degli eredi, dei soci o dei compartecipanti deve agli altri per ristabilire l'eguaglianza, non potuta osservare in natura nella divisione dei beni. » Ad esempio, se ad uno fra due eredi sia stato assegnato un fondo di centomila lire per sua quota ereditaria e all'altro un fondo di ottantamila, il primo deve a questo in conguaglio lire diecimila, il cui pagamento viene appunto garantito dalla ipoteca legale (2). Nel *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, il Pacifici-Mazzoni ripudiava la opinione precedentemente manifestata. « Nel primo esame di questa disposizione (art. 1969, num. 2), credemmo che il legislatore, con le due parole *rifacimenti* e *conguagli*, avesse vo-

(1) V. Manuzzi, *Vocabolario della lingua italiana*, verb. *Rifacimento* e *Conguaglio*; Firenze, 1859-1865.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni*, Vol. VI, num. 185 (2.ª ediz.).

luto indicare due cose diverse, e prendendole nel loro significato naturale, reputammo che colla prima lo stesso legislatore avesse voluto esprimere il *rifare* l'eguaglianza distrutta dall' evizione. E tanto più facilmente questa interpretazione ci parve corretta, considerato che il principio d'eguaglianza è rotto anche dalla sopravveniente evizione; e che conseguentemente la disposizione si dovesse estendere fin là dove arriva la sua ragione (1). » Ma, dopo un esame più maturo, egli non dubitava di qualificare un errore questa prima interpretazione. A noi sembra evidente che la dottrina propugnata dal Pacifici-Mazzoni nelle *Istituzioni*, circa il significato della voce *rifacimento* non possa essere accolta. Il valoroso giurista, nell'esporre questa dottrina, non teneva conto di ciò che venne solennemente dichiarato nei lavori preparatorî del Codice, e specialmente nella *Relazione ministeriale* del Pisanelli, le cui parole sopra abbiamo riferite. Il Codice Albertino, nel numero terzo dell'articolo 2158, statuiva in tal guisa: « Sono creditori privilegiati i coeredi, i soci ed altri condividenti sovra gli immobili caduti nell'eredità, società o comunione, pel caso di evizione dei beni tra di essi divisi, e per le rifatte e le compensazioni stipulate. » Il Codice italiano convertiva il privilegio concesso ai coeredi, soci ed altri condividenti in ipoteca legale; ma limitava la ipoteca al solo pagamento dei rifacimenti e conguagli, mentre il Codice Albertino aveva esteso il privilegio anche *al caso di evizione*. La *Relazione ministeriale* dice espressamente, che quando vi esista realmente un pericolo di evizione, le parti possono provvedervi con ipoteca convenzionale od altrimenti, senza che sia necessaria la ipoteca legale. Nella interpretazione del numero secondo dell'art. 1969, in qual modo si può parlare di ipoteca legale nel caso di evizione, se il legislatore solennemente ha dichiarato che, per questo caso, non ha voluto concedere la ipoteca; perchè le parti, anche senza la medesima, potevano garantire i loro interessi?

Noi crediamo, che la voce *rifacimento* del Codice italiano, rispondente alla voce *rifatta* del Codice Albertino, non si differenzi sostanzialmente dalla voce *conguaglio*. Con queste due parole, *rifacimenti* e *conguagli*, il legislatore ha vo-

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 128.

luto designare tutto ciò che uno dei coeredi, soci o partecipanti paga all'altro per compensare quelle disuguaglianze di valore che sianvi per avventura nelle quote formatesi nella divisione. I *rifacimenti* ed i *conguagli* del numero secondo dell' articolo 1969 Codice italiano non sono altro che le *rifatte* e le *compensazioni* del numero terzo dell'articolo 2158 Codice Albertino. E, quel che più giova notare, il significato giuridico di tali espressioni non è diverso dal significato comune. Il legislatore, nell'articolo 3 delle Disposizioni preliminari, stabiliva uno dei principî fondamentali cui si deve aver riguardo nella interpretazione della legge. « Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal *proprio* significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. » Ora, il *significato proprio,* vale a dire il significato grammaticale delle due parole, *rifacimenti* e *conguagli,* adoperate al numero 2.° dell'articolo 1969 del Codice, corrisponde colla massima precisione al significato che ad esse ha voluto dare il legislatore. Le dichiarazioni fatte nello stadio di formazione del Codice, e che noi abbiamo superiormente riferite, non lasciano nessun dubbio a questo riguardo.

C.

Ipoteca del minore e dell'interdetto.

Hanno ipoteca legale il minore e l' interdetto sui beni del tutore a norma degli art. 292 e 293 (art. 1969, num. 3). Crediamo opportuno di richiamare il testo dei due articoli cui si riferisce il legislatore: Il tutore, che non sia l'avo paterno o materno, è tenuto a dare cauzione se non è dispensato dal consiglio di famiglia, con deliberazione che sarà sottoposta all'omologazione del tribunale. Il consiglio di famiglia determinerà la somma per la quale si dovrà dare la cauzione. Quando il tutore non preferisca un altro modo di cauzione, il consiglio di famiglia indicherà quei beni del tutore, sui quali dovrà inscriversi l'ipoteca legale, ed ove il tutore non possegga beni sufficienti, si procederà alla nomina di un nuovo tutore. Il consiglio di famiglia delibererà intorno a ciò nella prima adunanza (art. 292). Il consiglio di famiglia po-

trà nel progresso della tutela richiedere dal tutore la cauzione da cui fosse stato dispensato, e potrà parimente liberarlo da quella che avesse dato. Potrà pure estendere o restringere l'iscrizione dell'ipoteca che si fosse presa in luogo della cauzione, ed anche autorizzarne la cancellazione. In tutti questi casi la deliberazione del consiglio deve essere sottoposta all'omologazione del tribunale (art. 293).

Nelle fonti troviamo un frammento del giureconsulto Ulpiano, dove si dice: « Ad hoc non administrantur tutelae ut mergantur pupilli. » (L. 3, princ. D. *de contraria tutelae et utili actione*). Il Diritto moderno (e specialmente il nostro Codice) ha cercato con grande studio di garantire gli interessi delle persone incapaci, la cui rappresentanza è affidata ad un tutore. Non dobbiamo e non vogliamo ripetere ciò che abbiamo osservato, per dimostrare questo concetto, nello svolgimento del primo libro del Codice, dove appunto sono stabiliti i principî fondamentali dell'amministrazione tutelare. Basterà soltanto il notare, che la concessione dell'ipoteca legale sui beni del tutore, a guarentigia dei minori e degli interdetti, questa concessione integra benissimo l'ordinamento della legge a presidio delle persone incapaci, quando la rappresentanza delle medesime è data ad un tutore.

Nel sistema del Codice, l'ipoteca legale è concessa ai minori sui beni del *tutore*. Adunque, essa non compete al minore emancipato, in rapporto al quale è stabilita l'assistenza di un curatore (suffulta in taluni casi dall'intervento dell'assemblea familiare e del tribunale), non la rappresentanza di un tutore. Essa non compete al minore sottoposto alla patria podestà, sia del padre, sia della madre. Anche quando la madre è passata a nuovo matrimonio, ed il consiglio di famiglia ha deliberato che l'amministrazione dei beni dei figli minori debba essere alla medesima conservata, non si può parlare d'ipoteca legale. Ben è vero che, in tal caso, il Codice dispone che il nuovo marito s'intende sempre associato alla madre nell'amministrazione, e ne diviene risponsabile in solido; ma, ciò non ostante, permane la patria podestà a favore della madre, ed il marito, pur essendo risponsabile in solido dell'amministrazione, non esercita una funzione tutelare riguardo ai figli del primo matrimonio.—Il Codice statuisce nell'articolo 184: « Il genitore che riconobbe il figlio naturale, ne ha la tutela legale durante la minore

età. Se il riconoscimento fu fatto da ambidue i genitori, la tutela compete di preferenza al padre. » Ciò premesso, l'ipoteca apparterrà ai figli naturali riconosciuti e sottoposti alla tutela legale del padre o della madre? A prima fronte parrebbe che a questa domanda si dovesse rispondere affermativamente. Il numero 3.° dell'articolo 1969 concede l'ipoteca legale al minore sui beni del *tutore;* ed il genitore che ha riconosciuto il figlio naturale è *tutore,* non esercita la patria podestà. Ma questa dottrina non si deve accettare. Il genitore che ha riconosciuto il figlio naturale, e che è tutore legale del medesimo, non può essere collocato nella classe di quei tutori cui si riferisce il Codice, quando parla delle ipoteche legali. Il numero 3.° dell' articolo 1969 richiama gli articoli 292 e 293; dunque evidentemente la legge vuole designare quei tutori, che sono obbligati a prestare cauzione, e la cui gestione è sorvegliata permanentemente dal consiglio di famiglia. Ora, il genitore che è tutore legale del suo figlio naturale non è obbligato a cauzione; nè il Codice impone, in tema di tutela legale del figlio naturale, la costituzione di una speciale assemblea, che corrisponda al consiglio di famiglia (1).—L'ipoteca compete anche agli interdetti; si tratti d' interdizione giudiziale per infermità di mente, o d'interdizione legale per condanna penale. La legge non fa alcuna distinzione. D'altra parte, se è giusto che vi siano delle condanne penali da cui derivi la interdizione legale del condannato, non sarebbe conforme a giustizia, sarebbe *iniquo* ed *immorale*, come osserva un espositore del Codice, l'abbandono del patrimonio del condannato nelle mani del tutore, senza veruna guarentigia.—Il Codice non concede ipoteca legale all'inabilitato sui beni del curatore. E ragionevolmente. Il curatore dell'inabilitato (allo stesso modo del curatore del minore emancipato) non assolve l' uffizio della *rappresentanza;* egli è chiamato soltanto ad *assistere* l'inabilitato negli atti che eccedono la semplice amministrazione (art. 339). Questi curatori, diremo col Persil, *n'engagent que leur responsabilité personnelle;* ma non può parlarsi di ipoteca legale sui loro beni, a causa della cura che ad essi viene affidata (2).

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 130.

(2) V. Persil, *Régime hypothécaire,* sull'art. 2121, num. IX; Paris, 1809.

L'art. 292 del Codice italiano dispensa dalla cauzione, e quindi anche dall'ipoteca legale, il tutore legittimo del minore, cioè l'avo paterno o materno. Tale dispensa si deve estendere al tutore legittimo dell'interdetto; cioè a dire, avuto riguardo all'art. 330, al coniuge dell'interdetto, e, in mancanza del coniuge, al padre, ovvero, in mancanza del padre, alla madre dell'interdetto? Queste tre persone, coniuge, padre e madre dell'interdetto, godono della dispensa dalla cauzione, e quindi dall'ipoteca legale? Il Pacifici-Mazzoni ha propugnata la sentenza negativa. L'art. 303 del Codice dispensa l'avo paterno o materno, che ha assunto l'esercizio della tutela, dal presentare all'assemblea familiare gli stati annuali della sua amministrazione. Invece, l'art. 331, relativo alla tutela dell'interdetto, dispone che quando la tutela di costui sia esercitata dal coniuge, dal padre o dalla madre, il consiglio di famiglia *potrà* dispensare il tutore dall'obbligo di presentare gli stati annuali menzionati nell'articolo 303. Or bene, se la legge non ha dispensato il tutore dell'interdetto, che sia il coniuge, il padre o la madre, dall'obbligo di presentare gli stati annuali dell'amministrazione, che indubbiamente è obbligo minore in confronto all'altro di dare cauzione, come si può ragionevolmente ritenere che lo abbia voluto dispensare dall'obbligo maggiore (1)? Ma questa dottrina non può essere accolta; noi crediamo preferibile l'opposta teoria sostenuta benissimo dal Ricci. Il sistema della legge, in questa materia, deve essere integrato da altre disposizioni, contenute nello stesso Codice; non risulta unicamente dal raffronto degli articoli 303 e 331. L'art. 329, dopo di avere stabilito che l'interdetto è in istato di tutela, soggiunge che « le disposizioni relative alla tutela dei minori sono comuni alla tutela degli interdetti. » Fra le disposizioni richiamate deve annoverarsi quella dell'art. 292, che esonera l'avo paterno o materno dal dare cauzione; adunque, tale disposizione è applicabile anche alla tutela degli interdetti. « È ovvio però, osserva il Ricci, che l'applicazione non può farsene se non compatibilmente colle disposizioni speciali che regolano la tutela degli interdetti, altrimenti il richiamo fatto dal legislatore sarebbe inutile, o lo porrebbe in contraddizione

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 129.

con sè medesimo; or bene, l'avo paterno o materno non è il tutore che la legge dà all'interdetto; se alla tutela dell'interdetto, adunque, vuolsi applicare la disposizione contenuta nell'art. 292, è d'uopo non prenderla alla lettera, ma intenderla ed applicarla secondo il suo spirito. L'articolo citato, dispensando l'avo paterno o materno dal prestare cauzione, nell'assumere l'esercizio della tutela del minore, intende dispensare da tale obbligo il tutore legittimo, essendo che a questa categoria, riferibilmente al minore, appartiene esclusivamente l'avo. Tutore legittimo dell'interdetto non è l'avo, bensì il coniuge, ovvero il padre o la madre; quindi se, per l'art. 329, devesi applicare alla tutela dell'interdetto la disposizione che esonera dalla cauzione il tutore legittimo del minore, è necessità ritenere che il tutore dato dalla legge all'interdetto è pur esso dispensato dall'obbligo della cauzione. » La ragione della legge conforta tale interpretazione. Il Codice ha dispensato il tutore legittimo del minore dall'obbligo di prestare cauzione, sia per la fiducia nel suo affetto per l'amministrato, sia perchè ripugnava alla logica assoggettare a cauzione, per l'esercizio della tutela, colui al quale l'ufficio tutelare era imposto dalla legge appunto per la fiducia di affetto verso il minore. Ora il coniuge, il padre, la madre dell'interdetto sono avvinti a costui con legami più stretti di quelli che passano tra l'avo e il nipote. E quindi non può l'interprete, senza ribellarsi alla *mens legis*, ritenere che il Codice abbia voluto imporre al tutore legittimo dell'interdetto l'obbligo della cauzione (1).

Il Codice dispone che l'ipoteca legale spettante ai minori ed agli interdetti deve essere iscritta nel termine di venti giorni dalla deliberazione del consiglio di famiglia, per cura del tutore, del protutore e del cancelliere che ha assistito alla deliberazione medesima (art. 1983). Ma qui dobbiamo richiamare il principio proclamato dal Supremo Collegio di Palermo, che è del tutto conforme all'ordinamento della legge in tema di tutela. Non si deve confondere la *cauzione* che serve a garantire il minore con la *nomina* del tutore; perciò, indipendentemente dalla cauzione e dalla sua omologazione, il tutore può compiere validamente gli atti della sua ammi-

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, numero 162.

nistrazione: « La nomina legalmente fatta investe il tutore di tutti i poteri del suo ufficio; laddove la cauzione non serve che a garantire gli *interessi patrimoniali* del minore. E con tanta maggiore ragione dee ciò ritenersi, quando si tratta di quegli atti, che tendono alla conservazione dei diritti dei minori, e ad ovviare gli effetti della decadenza dei termini in danno degli stessi (1). » Quindi, anche prima della iscrizione della ipoteca legale il tutore è chiamato ad assolvere il suo ufficio, diretto alla guarentigia della persona del minore e dei suoi interessi patrimoniali. Sotto l'impero della Legge ipotecaria belga il Laurent esamina la quistione su cui dianzi ci siamo arrestati. La legge vuole, egli osserva, che l'ipoteca spettante ai minori sia iscritta « avant l'entrée en gestion du tuteur. » Ma il precetto della legge non è sempre adempito; il tutore si immette nell'esercizio delle sue funzioni, amministra il patrimonio del minore, prima che sia iscritta l'ipoteca legale. Gli atti da lui compiuti saranno validi o nulli? La legge non ne pronunzia la nullità. Essa abbandona soltanto alla facoltà dell'assemblea familiare la destituzione del tutore. Ecco la sanzione che in proposito ci presenta la legge; questa sanzione « n'est pas la nullité de l'acte (2). » E, certamente, aggiungiamo noi, il consiglio di famiglia non potrà censurare il tutore che, prima che siano adempite le disposizioni statuite dalla legge, compie gli atti i quali *moram non patiuntur*. Anche in questa occasione l'espositore del Codice deve ricordare il sapiente responso del giureconsulto romano, che una provvida disposizione della legge non si deve, *duriore interpretatione*, rivolgere a danno di coloro che la legge s'è proposto di garantire.

Anche il padre amministra i beni dei figli minori (art. 224). Ma il Codice, come sopra si è notato, non stabilisce l' ipoteca legale in questo caso. E la ragione del sistema della legge si assegna dall'interprete molto facilmente; l'abbiamo già accennata svolgendo la teoria della patria podestà. La legge ha fiducia nell'affetto del padre verso i figliuoli (e dicasi lo stesso dell'affetto della madre, quando si trova nell' esercizio della patria podestà), e quindi da lui non richiede quelle guarentige che

(1) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 21 giugno 1895; nella *Legge*, anno XXXV, Vol. II, pag. 373.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXX, num. 285.

giustamente vuole dal tutore. V. Hugo, in uno dei suoi capolavori (*Le Roi s'amuse*), accennando al sentimento paterno, lo chiama: « le sentiment le plus pur qui soit donné à l'homme. » E soggiunge, che in virtù di questo sentimento: « l'être petit deviendra grand; l'être difforme deviendra beau. » Abbiamo citato V. Hugo; e chiediamo scusa di questa citazione a coloro che credono doversi ripudiare qualunque richiamo letterario nella trattazione dei lavori scientifici, e specialmente di quelli che si attengono al diritto positivo. Del resto (il lettore ci deve permettere questa dichiarazione) possiamo star contenti che sinora i critici non hanno trovato a fare che questa sola censura alla nostra opera; la censura cioè che il suo autore ha turbata la serenità della esposizione dommatica del Codice con alcune reminiscenze letterarie. Veramente il sistema da noi accolto è quello seguìto dai grandi giureconsulti; tra gli antichi, basterà citare Grozio e Cuiacio; tra i moderni, Troplong e Nicolini. Noi non abbiamo creduto di offendere l'autore della legge nell'informarci a questo indirizzo; allo stesso modo che non abbiamo creduto di trasgredire i doveri del nostro ufficio curando, per quanto ci era possibile, la proprietà del linguaggio. Il *commune vinculum* tra le lettere e le scienze, che costituiva il pregio più notevole dei lavori dell'antica scuola, da parte nostra l'abbiamo voluto mantenere, e ci sembra strano come questo indirizzo possa essere censurato!

D.

Ipoteca della moglie.

Ha ipoteca legale la moglie, sui beni del marito, per la dote e per i lucri dotali. Quest'ipoteca, se non è stata limitata a beni determinati nel contratto di matrimonio, ha luogo su tutti quelli che il marito possiede al momento in cui la dote è costituita, ancorchè il pagamento di essa non avesse luogo che posteriormente. Riguardo alle somme dotali provenienti da successione o donazione, l'ipoteca non ha luogo che dal giorno dell'apertura della successione, o da quello in cui la donazione ha avuto il suo effetto, sui beni posseduti dal marito in detto giorno (art. 1969, num. 4). Si

legge in proposito nella *Relazione ministeriale* del Pisanelli: « L'ipoteca legale della moglie per la dote e pei lucri dotali ebbe a subire una restrizione in raffronto ai vigenti Codici italiani. Essa colpisce soltanto i beni posseduti dal marito al tempo del contratto; ove però le somme dotali provengano da successione o donazione, la ipoteca non ha luogo che dal giorno dell'apertura della successione o da quello in cui la donazione ha avuto il suo effetto, sui beni posseduti dal marito in detto giorno. Parve a taluno che sarebbesi anche potuto prescindere affatto da tale cautela, lasciando alle parti di stipulare quelle che ravvisassero opportune. Se vi è circostanza in cui la donna non manca di consiglio e di assistenza, è certamente quella del matrimonio; imperocchè l'intervento dei congiunti, e specialmente di coloro che costituiscono la dote, è una garanzia sufficiente perchè nulla sia dimenticato nell'interesse della sposa. Ma una deferenza per il sistema dotale, che forma il diritto comune d'Italia, persuase di lasciar sussistere quest'ipoteca legale, per non far troppo violenza alle contratte abitudini. Di essa furono però contemperati gli effetti, permettendosi alle parti di circoscriverla a determinati immobili. Il Codice non ammette l'ipoteca legale della moglie a garanzia dei suoi beni parafernali. Essa è inconciliabile col sistema della specialità delle ipoteche adottato dal Codice; mentre l'esperienza insegna d'altro canto che la medesima può facilmente evitarsi da un marito, il quale voglia sottrarre i propri beni da tale vincolo. »

Il Codice, nello statuire circa i *diritti del marito sulla dote*, dispone nella prima parte dell'articolo 1400, che « il marito non è tenuto a dare cauzione per la dote che riceve, se non vi è stato obbligato nell'atto di costituzione dotale. » Esaminando, in propria sede, questa disposizione del Codice, abbiamo richiamate le belle parole di Baldo, che, nel silenzio del contratto, l'obbligazione che si volesse mettere a carico del marito, di dare cauzione per la dote che riceve, dovrebbe considerarsi *gravamen honesto proboque viro*. Ma ora dobbiamo rispondere ad una domanda che si è fatta nel campo della dottrina. Il marito non è tenuto a dare cauzione a guarentigia della dote; ma come si concilia questo principio, enunciato nell'articolo 1400 del Codice, coll'altro principio stabilito dallo stesso Codice civile, al numero 4.° dell'art. 1969, che la moglie ha ipoteca legale sui beni del marito per la

dote e per i lucri dotali? L'ipoteca è compresa nella categoria delle *cauzioni*; ed è, giusta l'avviso del giureconsulto romano, che è esattissimo, la cauzione più importante, la cauzione che in miglior guisa assicura il credito che vuolsi garantire. Vi è forse antinomia tra le due disposizioni del Codice che abbiamo dianzi richiamate? L'antinomia è apparente, non reale. Qualche giurista ha osservato in proposito, che il legislatore, nel dettare la disposizione racchiusa nella prima parte dell'articolo 1400, si è proposto di parlare delle doti di *qualità* (ad esempio, è costituito in dote il fondo Semproniano); e invece, nel dettare la disposizione contenuta nel numero 4.° dell'articolo 1969, ha voluto accennare alle doti di *quantità* (ad esempio, è costituita in dote la somma di 50,000 lire). Ma questo sistema di conciliazione non si può accettare. L'articolo 1400 del Codice parla di *dote* in generale, e sotto questa generica denominazione si deve comprendere e la dote di *quantità* e la dote di *qualità*. E tutto il complesso delle disposizioni, sotto la sezione dove è collocato l'articolo 1400, *conjurat amice* nell'interdire all'interprete qualunque distinzione, inconciliabile colla chiarissima locuzione della legge. La sola conciliazione che può accettarsi ragionevolmente è questa. Il legislatore, nella prima parte dell'articolo 1400, ha detto: « Tu, marito, darai cauzione per la dote, se vorrai. » E lo stesso legislatore ha soggiunto al numero 4.° dell'art. 1969: « Io intanto do, alla moglie, per diretto mio ministero, la cauzione ipotecaria (1). » Donde si trae, che la disposizione della prima parte dell'articolo 1400 si riferisce specialmente alla cauzione fideiussoria; la quale era designata espressamente dall'imp. Giustiniano, nell'enunciare il principio ripetuto dal Diritto moderno (L. 2, Cod. *ne fideiussores vel mandatores dotium dentur*). Riferiamo novellamente le parole di Giustiniano: « Si enim credendam mulier sese existimavit, quare fideiussor, ut causa perfidiae in connubio generetur? »

L'ipoteca legale è concessa alla moglie a guarentigia della *dote* e dei *lucri dotali*. Il concetto della *dote* è racchiuso nell'art. 1388: « La dote consiste in quei beni che la moglie

(1) V. Polacco, *Sull'apparente antinomia fra l'articolo 1400, 1.° comma, e l'articolo 1969, num. 4.° del Codice civile*; nell'*Archivio giuridico*, Vol. XXXIV, anno 1885.

od altri per essa apporta espressamente a questo titolo al marito per sostenere i pesi del matrimonio. » Il concetto dei *lucri dotali* si ricava dall'art. 1398: « Nel contratto di matrimonio possono gli sposi pattuire un lucro sull' importare della dote in favore del coniuge sopravvivente. Il lucro si devolve in proprietà al coniuge sopravvivente se non vi sono discendenti del coniuge premorto, e nel caso contrario in semplice usufrutto, salvochè gli sposi abbiano diversamente pattuito. Il lucro dotale non può convenirsi sulla dote che viene da altri costituita od aumentata durante il matrimonio, e non reca mai pregiudizio agli eredi aventi diritto a porzione legittima. » Per quanto si attiene alla costituzione od all'aumento della dote, durante il matrimonio, giova ricordare che, nel sistema del Codice, giusta l'art. 1391: « la dote non si può costituire, nè aumentare *dai coniugi* durante il matrimonio. » Ma non è interdetto a persone diverse dai coniugi, sia di costituire, sia di aumentare la dote, anche durante il matrimonio. E noi, in sede opportuna, abbiamo assegnata la ragione da cui era mosso il legislatore nello statuire questo ordinamento, equidistante dai due estremi, l'uno sancito dal Diritto romano, l'altro consacrato dal Codice francese.

La sposa, nel contratto di matrimonio, può rinunziare alla ipoteca legale, ed alla relativa iscrizione sui beni del marito? Il ricordo della massima romana, *interest reipublicae mulieres dotes salvas habere*, enunciata dal giureconsulto Paolo (L. 2, D. *de jure dotium*), ha indotto qualche scrittore a rispondere negativamente, a ritenere destituita di efficacia la rinunzia alla ipoteca legale concessa dall'articolo 1969 del Codice (1). Ma questa teoria non risponde ai principî da cui è governato l' ordinamento della dote nel Diritto italiano. Certo, non può affermarsi che, nel sistema del Codice italiano, per quanto riguarda l' istituto della dote, non vi abbiano alcuna parte le considerazioni dell' interesse pubblico. La regola della inalienabilità della dote non potrebbe spiegarsi altrimenti che tenuto conto di queste considerazioni. Ma l'interesse pubblico vi ha parte in modo affatto secondario e subordinato agli interessi della donna maritata, dei

---

(1) V. Moscatelli, *Invalidità della rinunzia nel contratto di matrimonio alla ipoteca legale ed alla relativa iscrizione*; nella *Gazzetta dei Notaj* di Napoli, anno I, quad. VII.

suoi eredi, e specialmente dei suoi figli, e del marito medesimo, interessi essenzialmente privati. E, veramente, in forza dell'art. 1404: « la dote può essere alienata o ipotecata, se nel contratto di matrimonio ne è stata permessa l'alienazione o l'ipoteca. » Adunque è consentito dalla legge di derogare, con una privata convenzione, al principio della inalienabilità della dote. Quando non vi è una tale convenzione, la dote si può alienare col consenso del marito e della moglie, corroborato dal permesso del tribunale (art. 1405). Di qui deriva, che il principio che stabilisce la inalienabilità della dote non è di diritto pubblico, altrimenti il legislatore non poteva permettere che la volontà dei privati vi portasse derogazione: *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (L. 38, D. *de pactis*). Non poteva il legislatore chiamare l'autorità giudiziaria a prestare il suo concorso alla infrazione di un precetto di ordine pubblico. Se questo è il sistema del Codice, in rapporto alla regola che stabilisce la inalienabilità della dote, deve ritenersi che neanche l'ipoteca legale, concessa a guarentigia delle ragioni dotali, è d'interesse principalmente ed essenzialmente pubblico. Deve quindi essere consentita la rinunzia alla medesima (1). E poi, vuolsi osservare che la conservazione della dote può essere assicurata indipendentemente da qualunque ipoteca, come si avvera quando si costituiscono in dote beni immobili, o col danaro dotale si acquistano rendite sullo Stato, iscritte in nome della moglie e con annotazione del vincolo. Ed anche quando gioverebbe assicurare la conservazione della dote, può benissimo aver luogo la costituzione dotale senza ipoteca od altra cautela; ciò avviene, se al momento in cui la dote è costituita il marito non possiede beni capaci d'ipoteca, non essendo egli tenuto a dare cauzione per la medesima (art. 1400). Lo stesso avviene, se pur trovandosi dei beni capaci d'ipoteca nel patrimonio del marito, non si proceda su questi beni alla iscrizione della ipoteca legale, per negligenza delle persone tenute a curare tale iscrizione. I propugnatori dell'opposta teoria, in omaggio alla logica, dovrebbero volere che l'ipoteca legale della moglie fosse generale ed efficace ben-

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *La rinunzia fatta nel contratto di matrimonio alla ipoteca legale ed alla relativa iscrizione è valida o nulla?* Nell'*Archivio giuridico,* Vol. IV.

chè occulta. Ma, nell'ordinamento del nostro Codice, anche questa ipoteca deve essere speciale e pubblica, perchè abbia efficacia (1). Svolgendo la teoria del contratto di matrimonio, e specialmente fermandoci intorno all'esame dell'articolo 1404 del Codice, il quale stabilisce il principio che è consentito alle parti, nelle tavole nuziali, di permettere l'alienazione e l'ipoteca della dote, abbiamo richiamate le belle parole che si leggono nella *Relazione ministeriale* del Pisanelli, dirette a determinare il fondamento razionale del sistema del Codice. La massima romana circa la intangibilità della dote, da cui nasceva il divieto del patto autorizzato dal Codice, quella massima nella storia del diritto deve apparire: « un pensiero funesto, ispirato dalla diffidenza e dallo scoraggiamento di una società decrepita, che non crede più ad alcun progresso, troppo fortunata, se riesce a conservare ciò che possiede. » Quando si fa ricorso a questa massima, per impugnare la dottrina che abbiamo dianzi enunciata, non si presta ossequio al principio che ha ispirato il legislatore moderno nell'ordinamento del sistema dotale. Certo, e lo abbiamo avvertito sin da principio, la massima romana non si può ripudiare assolutamente nella interpretazione del Codice. Allo stesso modo del Diritto romano, il Codice stabilisce, come regola generale, la inalienabilità della dote. Ma questa regola si trova accolta con quei temperamenti che indarno si cercano nel Diritto romano, e accenniamo specialmente alla legislazione imperiale.

Svolgendo gli annali della giurisprudenza, troviamo un pronunziato della Corte di Potenza, che rende ossequio alla teoria esposta superiormente. Notava la Corte, che nel Codice civile italiano non è stato ripetuto il divieto che l'articolo 2034 delle Leggi Civili napoletane, e tutti i Codici modellati su quello francese, fecero agli sposi di pattuire nel

(1) V. Precerutti, *Interpretazione dell'art. 1969. num. 4, del Codice civile italiano*; nell'*Archivio giuridico*, Vol. VI. Si consultino pure: 1.° Jorio, *Se possa essere stipulata nel contratto di matrimonio la rinunzia alla ipoteca legale sui beni immobili dello sposo a garantia della dote e dei diritti dotali* (nella *Gazzetta dei tribunali*, anno XXVI, numero 2628); 2.° Rutigliano, *Della validità della rinunzia della sposa all'ipoteca legale sopra i beni del marito convenuta nel contratto di matrimonio* (nel *Foro italiano*, anno 1878, parte I, pag. 1273).

contratto di matrimonio di non doversi fare alcuna iscrizione ipotecaria sui beni del marito, a guarentigia della dote. Basterebbe questo solo silenzio della legge in vigore per escludere il detto divieto, essendo risaputo che, in fatto di disposizioni che restringono la libertà delle convenzioni, occorre che vi sia un testo espresso, e non è ammessa alcuna argomentazione. E se l'autore della legge non stabilì quel divieto, la ragione del silenzio si ricava dalla solenne dichiarazione contenuta nella *Relazione* che precede il Codice civile: « In fatto di dote il concetto che parve più conforme al progresso della scienza giuridica, è quello proprio che considera la dote non già quale creazione della legge, da porre sotto l'ombra della protezione legislativa, siccome piacque ai giureconsulti romani, bensì invece quale semplice modalità della società coniugale rispetto ai beni, non altrimenti che il regime della comunione o quello dei beni parafernali. » Oggi adunque la dote non è più d'interesse pubblico, e le parti sono lasciate in piena balìa di stabilire il modo di farla sicura. Il divieto di rinunziare alla ipoteca legale, oltre a pregiudicare l'interesse stesso della società coniugale, inceppando la libera disposizione dei beni del marito, tornerebbe altresì illusorio; dappoichè è vano parlare della necessità della ipoteca, quando gli sposi possono pattuire l'alienabilità della dote, e possono limitare la ipoteca a determinati beni, che siano di gran lunga inferiori al valore della dote medesima (1).

E.

Ipoteca dello Stato.

Ha ipoteca legale lo Stato sopra i beni dei condannati per la riscossione delle spese di giustizia in materia criminale, correzionale e di polizia, compresi in essi i diritti dovuti ai funzionari ed agli uffiziali giudiziari. Quest'ipoteca può essere iscritta prima della condanna in seguito al mandato di cattura e giova anche alle parti civili pel risarci-

(1) Corte di appello di Potenza; sentenza dei 31 dicembre 1877; nel *Foro italiano*, anno 1878, parte I, pag. 1273.

mento dei danni aggiudicati nella sentenza di condanna. Alle spese di giustizia ed al risarcimento dei danni sono preferite quelle della difesa (art. 1969, num. 5). La Commissione Senatoria, dichiarò il relatore della medesima: « movendo da gravi considerazioni, pensò non doversi lasciare senza garentie ipotecarie il diritto del fisco per la riscossione delle spese di giustizia in materia penale. Vero egli è che codesta parte di privilegi del fisco non entrava nel Codice francese, che in quanto alla sola consacrazione del principio del privilegio garentito al fisco, rinviando a leggi speciali l'organamento di esso (art. 2098, Codice francese); ma da poi che nel novello sistema del Progetto la serie dei privilegi fu limitata, togliendo di mezzo l'obbligo della iscrizione, ci è paruto che di fronte allo spostamento del sistema in fatto di privilegio, fosse dicevole, anzi indispensabile, di riprodurre il privilegio del fisco per lo ricupero delle spese di giustizia sotto la forma d'ipoteca legale, che segna la trasformazione di taluni privilegi accolti dall'antico sistema in condizione d'ipoteche legali. Stimammo miglior partito compiere il sistema anche nelle relazioni ai diritti del fisco, anzi che farne dipendere l'ordinamento futuro da leggi speciali che sempre chiudono in sè le deviazioni dai principî del diritto comune. Ordinando pertanto codesta ipoteca legale si è provveduto a tre obbietti: si è in primo luogo segnato il termine della iscrizione della ipoteca; si è secondamente ammessa l'ipoteca legale in pro della parte civile pel rifacimento dei danni ed interessi aggiudicati colla sentenza di condanna. E qui la Commissione dilungavasi dai principii della legislazione francese che rifiutava alla parte civile il privilegio; ma si è considerato che sarebbe supremamente ingiusto il negare il benefizio della ipoteca legale alla parte civile, sia per lo ricupero delle spese di giustizia che fosse tenuta ad anticipare al tesoro, sia pel rifacimento dei danni ed interessi aggiudicati per sentenza. In terzo luogo si è sancito, che le spese di difesa acquistano prelazione sulle spese di giustizia: fu un omaggio renduto al sacro diritto della difesa. » Teofilo Huc dava questo giudizio dell'ordinamento accolto dal Codice italiano, circa l'ipoteca legale che forma oggetto dell'ultimo numero dell'articolo 1969. « Ces dispositions sont fort heureusement inspirées et d'une évidente utilité pratique. On sait, en effet, que, lorsqu'un individu ayant quelque fortune est poursuivi pour un

crime dans des circonstances qui rendent une condemnation probable, son premier soin, après son arrestation, est de mettre sa fortune à l'abri de l'action du fisc et de celle de la partie civile (1). » L'ordinamento del Codice si propone di prevenire questa frode; e, perchè questo scopo sia raggiunto, il Codice, fra l'altro, ha sapientemente disposto che l'ipoteca si possa iscrivere anche prima della condanna.

Statuisce espressamente il legislatore, che la ipoteca legale, stabilita a favore dello Stato, giova eziandio alle parti civili pel risarcimento dei danni aggiudicati nella sentenza di condanna. Quale significato deve darsi alle parole *parti civili?* Uno scrittore non ha dubitato di sostenere la tesi, che, per l'applicazione del num. 5.° dell'art. 1969 Codice civile, sotto la denominazione di *parti civili* si debbono intendere genericamente le *parti danneggiate od offese* dal reato (2). Evidentemente, questa interpretazione deve essere respinta. Il Codice civile parla di *parti civili,* e non è conforme a ragione il supporre che abbia voluto dare a queste parole un significato diverso da quello che loro è attribuito dal Codice di ritologia penale. La distinzione tra la *parte danneggiata od offesa* e la *parte civile* risulta spiccatamente dal testo degli articoli 6 e 7 di questo Codice. A conforto di tale interpretazione, giova ripetere le parole che si leggono nella *Relazione Senatoria:* « Si è considerato che sarebbe supremamente ingiusto il negare il benefizio della ipoteca legale alla parte civile, *sia per lo ricupero delle spese di giustizia che fosse tenuta ad anticipare al tesoro, sia pel rifacimento dei danni ed interessi aggiudicati per sentenza.* » Ora, mentre gli articoli 562 e seguenti del Codice di procedura penale non lasciano dubbio che deve anticipare le spese all'erario solo la parte danneggiata od offesa *che si è costituita parte civile,* il raffronto tra l'art. 571 e l'art. 573 dello stesso Codice chiarisce che, soltanto a riguardo della persona danneggiata od offesa, costituitasi parte civile nel giudizio penale, la sentenza di condanna può contenere l'*aggiudicazione dei danni*, se il processo offra gli elementi necessari per determinarne la quan-

(1) V. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon,* Parte III, § 12, num. V; Paris, 1868.

(2) V. Sala, *Osservazioni sull'articolo 1969, num. 5 del Codice civile;* nel *Monitore dei tribunali,* anno 1875, pag. 211.

tità. Rispetto alla persona danneggiata od offesa, non intervenuta come parte civile nel procedimento penale, la sentenza di condanna costituisce soltanto un *titolo per conseguire il risarcimento del danno,* da liquidarsi dal giudice competente (1).

La prima parte dell' art. 809 del Codice di commercio dispone in tal guisa: « Le somme di danaro appartenenti al fallimento, dedotte le spese di giustizia e di amministrazione e i soccorsi accordati al fallito ed alla sua famiglia, devono anzitutto erogarsi, coll'autorizzazione del giudice delegato, nel pagamento dei creditori con pegno od altro privilegio, e il resto dev' essere ripartito tra tutti i creditori in proporzione dei loro crediti verificati. » Avuto riguardo a tale articolo del Codice di commercio, posto in correlazione col numero 5.° dell'articolo del Codice civile, ritenne il Supremo Collegio di Firenze che l' avvocato il quale ha. difeso il fallito in sede penale non può, nel caso di condanna del medesimo, giovarsi dell' ipoteca legale iscritta a favore dell' erario, ai termini dell' art. 1969 Codice civile, allo scopo di farsi pagare dei suoi onorari sulla massa e con preferenza agli altri creditori. Iniziatosi procedimento penale per truffe e falso in scritture di commercio e private, fu presa il 5 settembre 1886 iscrizione sui beni dell'imputato, per lire centomila, in virtù dell'art. 1969 Codice civile. Il giorno 6 settembre l'imputato fu dichiarato fallito, e si aggiunse al processo penale il titolo di altro reato, quello di bancarotta. Terminato il giudizio penale con sentenza di condanna, il difensore presentò la nota dei suoi onorari, chiedendone fosse ordinato il pagamento per gli effetti dell' art. 1969, num. 5.° del Codice civile. Il Supremo Collegio ritenne che la domanda del difensore non meritava di essere accolta. Non può ammettersi per alcun verso, osservò la Corte, che, dopo dichiarato il fallimento, possa per fatto del fallito sorgere un credito, a garantìa del quale siasi costituita ipoteca, quando il credito non sussisteva ancora. I nuovi rapporti di obbligazione che il fallito può contrarre, qualunque essi siano, non possono mai pregiudicare i diritti dei suoi creditori sul patrimonio suo, della cui amministrazione egli è privato, e che rimane intangibile nell' interesse dei creditori suddetti, all'infuori delle spese di giustizia e di

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 176.

amministrazione, e dei soccorsi accordati a lui ed alla sua famiglia. Ma le spese di giustizia, di cui parla l'art. 809 del Codice di commercio, sono naturalmente quelle relative al giudizio di fallimento, nè vi possono andar comprese quelle del fallito contro accuse di reati comuni a lui addebitati, e neppure quelle del giudizio penale di bancarotta. Nè vale il dire, che, in ogni caso di fallimento, si aprono fin da principio due distinte procedure giudiziali, la commerciale e la penale, ed essendovi per ciascuna spese proprie, ha dovuto essere usata dal legislatore, per fissare la ripartizione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'intera sostanza, la frase generica di *spese di giustizia*, dando così a conoscere che la legge intendeva comprendere, nelle deduzioni da farsi sull'intera massa del fallimento, le spese occorrenti per tutte due le procedure richieste. Le due procedure, è vero, si aprono ad un tempo, ma devono svolgersi con piena indipendenza l'una dall'altra; e colle diverse forme loro proprie. La sede dell'art. 809, nel titolo che tratta « della ripartizione tra i creditori e della chiusura del fallimento, » assai prima del titolo « dei reati in materia di fallimento, » e la naturale sua connessione con tutte le precedenti disposizioni relative al solo procedimento commerciale di fallimento, dimostrano chiaramente, che le spese di giustizia, di cui esso parla, altre non possono essere se non quelle del giudizio commerciale di fallimento (1). Il Ricci, annotando, nella *Giurisprudenza italiana,* il pronunziato della Cassazione toscana, manifesta dei dubbi ragionevolissimi sulla esattezza della teoria nel medesimo accolta. Ben è vero, che l'art. 809 del Codice di commercio non autorizza a prelevare le spese della difesa del fallito, imputato di un reato, dalla massa dei suoi creditori; ma la controversia non cade sulla interpretazione di questo articolo, bensì su quella dell'articolo 1969 del Codice civile. Ora, se questo articolo concede una preferenza per le spese della difesa, tale preferenza viene forse meno solo perchè della medesima non è parola nell'art. 809 del Codice di commercio? Se l'ipoteca è validamente iscritta in forza dell'art. 1969 del Codice civile; se l'iscrizione si estende, con preferenza, alle spese della difesa, come dispone l'articolo stesso, perchè l'ipo-

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 4 aprile 1889; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1889, parte I, pag. 455.

teca, debitamente iscritta, non avrà più efficacia, in ordine alle spese della difesa, ove quegli, contro cui s' iscrisse, sia in sèguito dichiarato fallito? Si dice, che il credito non esiste al momento in cui il fallimento è dichiarato, e non è perciò possibile ch'esso sorga dopo che il fallito non ha più la libera disponibilità dei suoi beni. Questa affermazione non è esatta, perchè il credito ha la sua origine nel fatto volontario costituente reato, e questo fatto, da cui deriva l'obbligazione, in chi l'ha compiuto, di pagare le spese cui il medesimo dà luogo, come preesiste alla iscrizione dell' ipoteca, così preesiste alla dichiarazione di fallimento; dunque, se l'obbligazione di pagare già è sorta, non può dirsi che il credito abbia vita posteriormente.

II.

Dell' ipoteca giudiziale.

L'ipoteca giudiziale, al pari dell'ipoteca legale, si stabilisce indipendentemente da qualunque manifestazione della volontà delle parti; essa si stabilisce per autorità della legge, la quale, per quanto è possibile, vuole assicurare la esecuzione dei pronunziati del magistrato. In questo senso essa procede dalla legge; non come la ipoteca legale, la quale ha la sua causa nella legge medesima da cui procede direttamente, ma perchè esiste indipendentemente dalla convenzione. Ecco perchè l'ipoteca giudiziale, senza confondersi coll' ipoteca legale, vi si avvicina molto (1).

Il Grenier ha creduto trovare la genesi storica dell'ipoteca giudiziale nel *pignus praetorium* e nel *pignus judiciale* dei Romani. Ma il Troplong a buon diritto impugna questa opinione. Secondo le leggi romane, la sentenza non produceva che una semplice azione *in factum vel ex judicato*. Mediante questa azione si ricorreva al magistrato, che ordinava l'esecuzione della sentenza. Il solo punto disputabile innanzi a lui consisteva nell'esaminare, se eravi o pur no cosa giudicata. Quando il magistrato acquistava la certezza di esservi

(1) V. Pont, *Privilèges et hypothèques*, sull' art. 2123 del Codice francese.

cosa giudicata, ne ordinava l'esecuzione. Se il debitore era assente, il magistrato immetteva il creditore nel possesso dei beni di lui, per detenerli *mera custodia*, ciò che costituiva il *pignus praetorium;* scorso poi un certo tempo, gli permetteva di venderli *sub hasta.* Se il debitore era presente, il magistrato gli concedeva una dilazione, quando ei la domandava; ma, se non pagava alla scadenza, veniva nominato un sequestratario dei suoi beni: donde il *pignus judiciale.* Se il debitore non pagava nel corso di due mesi, i beni si esponevano in vendita. Nell'un caso e nell'altro, eseguito il pignoramento, il creditore aveva in suo potere i beni del debitore a titolo di pegno, e si trovava in una posizione simile a quella del creditore che esercitava l'azione ipotecaria. È quindi innegabile che, nel sistema del Diritto romano, l'esecuzione della sentenza produceva effetti simili a quelli della ipoteca, cioè a dire, il sequestro e la immissione in possesso. Ma vi era questa differenza di non lieve importanza. Quegli che agiva coll'azione ipotecaria, aveva sulla cosa un diritto reale anteriore all'atto col quale si ordinava la immissione in possesso. Ma, nell'altro caso, il diritto reale era conferito dopo la concessione del *pignus practorium* o *judiciale:* la sentenza pronunziata nel giudizio di cognizione non aveva conferito al creditore che una semplice azione personale (1).

Attestano le raccolte della giureprudenza, che i pochi articoli, racchiusi nel Codice italiano, relativi all'ordinamento dell'ipoteca giudiziale, han dato causa a gravi controversie. Noi che, pure assorgendo, in rapporto ai singoli istituti, ai principî scientifici, cerchiamo con grande studio di non intralasciare il ricordo delle più notevoli quistioni, che nella vita pratica ha fatto sorgere il testo della legge, dobbiamo, ispirandoci allo stesso criterio, procedere all'esame di questi articoli del Codice. È questa un'avvertenza che altre volte abbiamo fatta, ed ora l'abbiamo voluto ripetere. Ma, innanzi tutto, giova determinare le ragioni che hanno consigliato il legislatore ad ammettere l'ipoteca giudiziale.

---

(1) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques,* num. 435

1.°

Fondamento razionale dell'ipoteca giudiziale.

Valorosi giuristi, nell'età nostra, hanno creduto di dover combattere l'istituto dell'ipoteca giudiziale. Ricorderemo in primo luogo il Laurent, il quale non dubita di affermare, che, in conseguenza dell'ipoteca giudiziale, si viene a modificare la legge del contratto in pregiudizio della massa chirografaria; ciò che non può ritenersi conforme nè alla giustizia, nè all'equità (1). Anche il Baudry-Lacantinerie manifesta questa opinione. Egli apertamente si dichiara avversario dell'istituto dell'ipoteca giudiziale; i danni da essa apportati sono stati superiori ai vantaggi. « Si nous avions à voter dans les assemblées législatives où pourra se débattre son sort, nous déposerions dans l'urne un bulletin bleu. » Almeno non l'ammetteremmo se non quando la insolvenza fosse ordinata sopra una base analoga a quella del fallimento; ciò che di molto scemerebbe i suoi pericoli. Il Baudry-Lacantinerie soggiunge, che l'istituto dell'ipoteca giudiziale è scomparso da molte legislazioni europee, specialmente nei paesi tedeschi e nel Belgio. Il Codice civile italiano l'ha mantenuto, ma limitandolo agli immobili che appartengono al debitore al tempo della iscrizione. L'assemblea legislativa francese, nell'anno 1850, votò la soppressione dell'ipoteca giudiziale; ma il disegno di legge non raggiunse la mèta (2). Il Pescatore luminosamente ha dimostrato che malamente veniva censurato a questo riguardo l'autore della legge. La sentenza di condanna deve trovare in sè medesima la forza necessaria ad assicurare la propria esecuzione sui beni che ancora rimangono al debitore, perchè ogni istituto giuridico trae seco per logica conseguenza ciò che sia necessario a raggiungere lo scopo. E questi sono pur principii di naturale ragione, perocchè i giudizii e le sentenze, benchè presuppongano lo stato sociale, sono al certo istituti di ragion naturale, essendo lo stesso stato di società naturale e coevo

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXX, num. 190.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, n.° 1278; Paris, 1892.

all'uomo. Or egli è manifesto che la sentenza di condanna non *assicurerebbe* da sè medesima, come pur deve, il proprio effetto sui beni che restano ancora al debitore renitente e già prossimo alla insolvenza, se non producesse immediatamente un diritto reale sui beni. Conservando al debitore la facoltà di alienare o di crear nuovi debiti concorrenti per contributo, si rimetterebbe in piena di lui balìa l'effetto del giudicato (1). Il Pescatore soggiungeva che il principio, essere l'ipoteca giudiziale un istituto di ragion giuridica naturale, trovavasi svolto in una solenne decisione del Supremo Collegio di Milano. Noi crediamo opportuno di richiamare questa decisione della Corte di Milano, avvertendo che estensore della medesima fu appunto il Pescatore: « È conforme ai principii di ragion civile universale, che la sentenza di condanna divenuta irrevocabile ed esecutoria attribuisca al creditore un diritto reale sui beni del debitore. Infatti egli acquista il diritto immediato di possederli col ministero del giudice, e di farli vendere per ottenere sul prezzo soddisfacimento del proprio credito, e ciò costituisce il vero e proprio essenziale carattere del diritto di pegno. Ogni diritto ha necessariamente per base la fede personale o la cauzione reale: scomparsa adunque per l'intervenuta condanna ogni fede nella persona del debitore dimostrato renitente, poco solvibile o di mala fede, debbe immediatamente sostituirvisi la cauzione reale, *voluta virtualmente, pel caso di mancata fede, da quel patto medesimo, che in origine seguiva la non sospetta fede del debitore.* E se ciò non fosse, se il debitore tenesse, anche dopo la condanna, la libera disposizione di ciò che pur sia necessario all'eseguimento della sentenza, l'efficacia e l'autorità dei giudicati, l'effetto della condanna, sarebbero posti in piena balìa del condannato. Il principio che la condanna debbe conferire al creditore una guarentigia reale, fu sanzionato e sotto forme diverse attuato da tutte le legisla-

---

(1) V. Pescatore, *Logica del diritto,* Vol. I, Parte II, Cap. I, *Dell'ipoteca giudiziale quale istituto di ragion giuridica naturale;* Torino, 1863. — Dobbiamo osservare, in rapporto all'ultima proposizione del Pescatore, che, anche dopo la iscrizione dell'ipoteca, il debitore conserva la facoltà di alienare i beni colpiti dall'ipoteca; pur restando fermi gli effetti di questa, che inerisce ai beni *ut lepra cuti,* giusta la formola dei Dottori.

zioni. La giurisprudenza romana lo sanzionava col pegno giudiziale e pretorio; il diritto consuetudinario preceduto alle moderne legislazioni colla forma dell' ipoteca giudiziale generale qual conseguenza immediata del giudicato; e le legislazioni moderne attuarono esse pure lo stesso principio colla forma francese o colla forma germanica. E se il sistema germanico rifiuta la generalità dell'ipoteca giudiziale, se vuole, che il creditore non appena ottenuta la condanna chieda l'iscrizione ipotecaria sopra determinati immobili, e ingiunge al giudice, a cui il creditore porge senza contraddittorio di parte la sua domanda, di decretare la chiesta iscrizione, tutto ciò si riduce ad una *migliore attuazione,* non alla negazione del sopradetto principio (1). » La Corte di Milano, per quanto si attiene a quest' ultima considerazione, si riferiva al diritto imperante in Italia al tempo in cui emanava la sua sentenza. La *migliore attuazione,* cui si accennava dalla Corte, si trova sancita dal vigente Codice civile. L'articolo 1965, da noi già esaminato, statuisce espressamente, che l'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica, e non può sussistere che sopra beni specialmente indicati e per somma determinata in danaro. Come abbiamo già avvertito, e come dovremo osservare di proposito parlando della pubblicità delle ipoteche, il legislatore italiano con ottimo consiglio, avuto riguardo agli interessi dell'economia sociale, non ha fatto nessuna distinzione tra le varie specie d'ipoteca, quando ha stabilita la massima enunciata nell'articolo 1965, la quale costituisce il caposaldo del sistema ipotecario accolto dal Codice civile.

Le considerazioni che precedono dimostrano con evidenza quale sia il fondamento razionale dell' istituto, che il nostro Codice con savio consiglio non ha voluto ripudiare. Noi certamente non possiamo contrastare che, nella vita pratica del diritto, quando cioè si tratta dell'applicazione dell'ordinamento della legge circa l' ipoteca giudiziale, alcune volte (e non spesse volte, come vogliono far credere gli avversari di questo istituto) deriva qualche inconveniente. Ma questo fatto si avvera per tutti gli istituti del diritto positivo; non è qualche cosa di speciale all' istituto della ipoteca giudiziale. Si parla delle ragioni dei creditori chirografari che risentono no-

(1) Corte di Cassazione di Milano; sentenza dei 20 febbraio 1862; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1862, parte I, pag. 177.

cumento per effetto dell' ipoteca giudiziale. Ma forse queste ragioni permangono salde quando il debitore procede ad atti di alienazione, e questi atti si debbono rispettare perchè non vi sono gli elementi al cui concorso è subordinata l'ammissibilità dell'azione rivocatoria? Quando l'espositore del Codice si arresta soltanto agli inconvenienti che possono derivare dall' applicazione del precetto della legge, non vi è istituto del Codice che si possa salvare dalla censura. E, difatto, a noi riuscirebbe facile, a cominciare dai primi titoli del Codice sino a quello della prescrizione, ricordare questo o quest' altro scrittore che ha creduto meritevole della sua riprovazione il sistema accolto dal legislatore; parliamo del sistema, cioè dei principî direttivi che informano ciascun istituto, non già delle singole e particolari disposizioni; imperciocchè, in rapporto a queste, la censura può ammettersi e talvolta è necessaria. Nelle *Leggi dei Visigoti* troviamo appunto la enumerazione dei caratteri della legge; questa non è solo *gubernaculum civitatis et justitiae nunciatrix*, ma è anche *aemula divinitatis*. Ora, tenuto conto di questo concetto, è il caso di richiamare la sapiente osservazione di Salviano: « Nec ipse Deus omnibus placet. Si aestus est, de ariditate; si pluvia, de inundatione conquerimur. Si infecundior annus est, accusamus sterilitatem; si fecundior, vilitatem. » È lo svolgimento delle parole di Sallustio: « Coaequari gratiam omnium difficile est. » Per quanto studio possa impiegare il legislatore nell' emanare ordinamenti che rispondano alle utilità della vita sociale, sarà sempre facile la censura dei suoi precetti. Ed oggi specialmente questo fatto si avvera. Non è cosa infrequente che lo scrittore, quasi sdegnando di rivolgere principalmente il suo tempo e le sue cure all'esame dommatico delle disposizioni della legge, crede più opportuno di censurare la legge esistente, che è poi sostituita da altra legge, la quale sarà allo stesso modo censurata. E così, negli Stati moderni si mutano incessantemente *leggi*, *monete*, *offici e costume*; e di queste mutazioni non si avvantaggia certamente la società civile.

2.°

Sentenze produttive d'ipoteca giudiziale.

Il Codice francese (art. 2123) serbò silenzio sulla natura delle sentenze che producono la ipoteca giudiziale. Di qui gravi controversie tra gli scrittori e nella giurisprudenza. Il Codice italiano ha chiuso l'àdito ad ogni quistione, allorchè ha statuito: Ogni sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili, o all' adempimento di un'altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni, produce ipoteca sui beni del debitore a favore di chi l'ha ottenuta (art. 1970).

La sentenza, che porti una delle tre condanne enunciate nell' art. 1970, produce ipoteca giudiziale, qualunque sia la natura della giurisdizione esercitata dall'autorità giudiziaria, che l'ha pronunziata. Ma deve trattarsi di una vera e propria sentenza; quindi, dal processo verbale di conciliazione non promana ipoteca giudiziale. La sentenza produce ipoteca, sebbene sia di primo grado. Difatto il Codice si esprime in tal guisa: « *Ogni* sentenza portante condanna ecc. » Non aggiunge le parole, *passata in giudicato*, come le aggiunge in altri luoghi (V. art. 90, 757, 2036). Il sistema della legge è ragionevolissimo; imperciocchè, nell'intervallo, potrebbe il debitore perdente alienare i suoi beni immobili, per evitare che sui medesimi venisse iscritta l'ipoteca. Però, vuolsi avvertire che se la sentenza sia riformata, rivocata o annullata, l'ipoteca si renderà caduca, e dovrà cancellarsi l' iscrizione. La sentenza di primo grado produce ipoteca, quando anche non sia munita della clausola di provvisoria esecuzione; giacchè, nè la legge lo richiede, nè l'iscrizione ipotecaria appartiene agli atti esecutivi. Da ultimo, l'iscrizione può prendersi anche prima della notificazione della sentenza (1).

Nel Progetto sottoposto alla disamina della Commissione Coordinatrice, l' articolo 1996, rispondente all' articolo 1970 del Codice, era così concepito: « Ogni sentenza, ancorchè contumaciale, sì definitiva che provvisoria, portante condanna ecc. »

(1) V. Pacifici Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 148.

Il Chiesi propose la soppressione delle parole, *sì definitiva che provvisoria*, perchè, non essendovi nel Codice di procedura civile la definizione della sentenza provvisoria, poteva questo vocabolo ingenerar dubbio, e bastava del resto allo intento della legge il parlare semplicemente di sentenza portante condanna, perchè si dovesse comprendere nell'articolo tanto la sentenza definitiva quanto quella che accorda una provvisionale. Il Pallieri propose la soppressione eziandio delle parole, *ancorchè contumaciale,* le quali, ei disse, « paiono superflue, perchè dicendosi *ogni sentenza* senza altra distinzione, si comprendono evidentemente nel detto articolo tanto le sentenze pronunciate in contraddittorio quanto le contumaciali. » La Commissione fece buon viso alla prima ed alla seconda proposta; ed ecco ciò che si legge in proposito nei Processi verbali: « La Commissione adotta la prima di queste proposte, deliberando però di inserire nel processo verbale la dichiarazione, che con ciò non intende d'immutare il concetto dell'articolo 1996 (art. 1970 del Codice), che è quello, che anche una sentenza pronunciata in via provvisionale, come in materia d'alimenti o simili, produca ipoteca, purchè porti condanna al pagamento di una somma od abbia alcuno degli altri requisiti indicati nel medesimo articolo 1996. Essa accetta poi anche la seconda, perchè nel sistema dei moderni Codici la sentenza contumaciale è equiparata in tutto alle sentenze proferite in contraddittorio quanto agli effetti, e se vi è differenza, questa riguarda soltanto il mezzo concesso dalla legge per impugnarle, andando le sentenze contumaciali soggette talvolta al rimedio speciale dell'opposizione, mentre le altre sentenze non sono mai soggette a tale rimedio (1). » Adunque, non può sorgere nessun dubbio che, nel sistema della legge, l'ipoteca giudiziale può derivare non solo da una sentenza definitiva, ma anche da una sentenza *avant faire droit,* giusta la formola dei proceduristi francesi. Ad esempio si può citare il caso di una sentenza del tribunale che, pendente un giudizio di separazione personale, condanna il marito a pagare a sua moglie una somma come provvisione *ad litem*, ed una pensione alimentaria per tutta la durata del giudizio (2).

---

(1) Verb. num. 41 della Commissione Coordinatrice.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, n.° 1263; Paris, 1892.

Avuto riguardo al testo dell'art. 1970, si ravvisa agevolmente che la più parte delle sentenze è produttiva di ipoteca giudiziale; lo studio dell'interprete deve versarsi non già nel determinare, mediante esempi, le sentenze che dànno diritto all'ipoteca giudiziale, ma nel ricercare quelle sentenze che non si possono rannodare ai tre capi enunciati nell'articolo 1970. Facendo tesoro dei pronunziati giurisprudenziali, addurremo in proposito alcuni esempi.

A) Non può iscriversi ipoteca giudiziale in virtù di una sentenza che porta condanna a rendimento di conti. La Corte di Cassazione di Napoli, in un pronunziato del 1876, decideva in senso contrario. « La condanna al rendiconto contiene *per necesse* la *potenzialità* a risolversi in quel tale risarcimento di danni, che conferisce il diritto alla ipoteca per garantìa del creditore nei sensi dell'art. 1970 Codice civile. » E, accennando al ragionamento della Corte di merito, che avea respinta l'ipoteca, notava la Cassazione, che esso palesava « l'oblio dei più ovvi principii razionali e pratici dei giudizi di rendiconto (1). » Ma la giurisprudenza degli altri Collegi Supremi ha ritenuto che la sentenza, la quale condanna a render conto non produce ipoteca giudiziale. « La sentenza anzidetta, osservava la Cassazione di Roma, considerata nel suo obietto diretto, immediato, non mette punto in essere un debito a carico dell'amministratore; il quale, anzi, dal rendimento di conto può risultare creditore. Ma se, finchè il conto non sia reso ed approvato, è persino incerto, non ostante quella sentenza, se esista un'obbligazione dell'amministratore verso l'amministrato, è manifesto che alla ipoteca, diritto accessorio, manca od è ignoto il principale che le sia titolo e ragione dell'esser suo, poichè non vuolsi confondere un credito eventuale, pur sempre esistente, con un credito del quale è attualmente incerta la stessa esistenza (2). » E la Corte di Cassazione di Torino: « L'obbligo di rendere il conto nel termine prescritto non si risolve, se inadempiuto, nell'altro di risarcire i danni. Nel caso di inadempimento, l'art. 326 del Codice di procedura civile dichiara che l'auto-

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 4 settembre 1876; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1877, parte I, pag. 50.

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 16 dicembre 1877; negli *Annali,* anno 1878, parte I, pag. 295.

rità giudiziaria può ammettere chi ha chiesto il conto a determinare anche con giuramento la somma dovuta. Ora quella somma rappresenta il residuo attivo dell'amministrazione o gestione avuta, cioè il reddito dell'amministrato, non l'equivalente della rifazione dei danni (1). » Da ultimo, ricorderemo le parole della Cassazione di Palermo: « Sarebbe grandemente assurdo, che debba produrre ipoteca giudiziale la condanna a rendere il conto, una condanna che può risolversi nel nulla, che non impone obbligo di pagare alcuna somma, che non segna alcun debito dell'amministratore, da cui anzi, lasciandosi tutto nell'incerto, può l'amministratore medesimo risultare creditore (2). »

B) Non può autorizzare la iscrizione di una ipoteca giudiziale quella sentenza, la quale, mentre riconosce e sanziona un diritto di credito in genere a favore di una persona, ordina una perizia per constatare se in specie il credito si verifichi ed in qual somma (3).

C) Non produce ipoteca giudiziale la sentenza, che dichiara bensì l'esistenza e la validità di una obbligazione, ma non ne impone espressamente l'adempimento. Epperciò la sentenza che dichiara valido un contratto di rendita vitalizia, condannando l'obbligato a pagare le pensioni scadute, produce bensì l'ipoteca giudiziale per le pensioni stesse e per gli accessorî, ma non già per la successiva esecuzione del contratto medesimo (4).

D) La sentenza contenente un semplice mandato a periti di esaminare, se e quale sia la differenza di produttività fra una coltivazione ed un'altra, non conferisce nessun diritto suscettivo d'ipoteca (5).

E) La sentenza che, pur riconoscendo nella sua motiva-

---

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza degli 11 maggio 1883; nella *Legge,* anno XXIV, Vol. I, pag. 302.

(2) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 3 giugno 1884; nella *Legge,* anno XXV, Vol. I, pag. 49.

(3) Corte di appello di Napoli; sentenza degli 11 dicembre 1871; negli *Annali,* anno 1872, parte II, pag. 149.

(4) Corte di Cassazione di Torino; sentenza degli 11 marzo 1876; nella *Legge,* anno XVI, Vol. I, pag. 531.

(5) Corte di appello di Torino; sentenza dei 20 marzo 1876; nella *Legge,* anno XVI, Vol. I, pag. 853.

zione la sussistenza di un danno in genere, sospende col dispositivo il giudizio sul merito, e rimanda l'attore a meglio istruire la causa nei termini da essa precisati, non è produttiva di ipoteca giudiziale (1).

F) Una sentenza, che si limiti soltanto a riconoscere l'obbligo a pagare una prestazione alimentaria pel tempo futuro, non è produttiva di ipoteca giudiziale, perchè la legge nei suoi termini rigorosi richiede una condanna. Ma se questa vi è, e si estende *nunc pro tunc* anche alle rate future sarà indubitatamente applicabile l'articolo 1970 (2).

L'abbiamo avvertito precedentemente: nelle raccolte della giurisprudenza sono molto infrequenti i casi nei quali l'autorità giudiziaria ha dovuto decidere, che non si poteva ammettere l'ipoteca giudiziale. Certo quelle da noi richiamate non sono *tutte* le decisioni che sono state pronunziate in questa materia; anche su tale argomento abbiamo serbato fede al nostro sistema di *trarre il troppo e il vano,* per servirci delle parole che Dante mette sul labbro di Giustiniano, dalle decisioni giurisprudenziali. Ma, d'altra parte, la locuzione usata dal Codice, nell'articolo 1970, il quale determina la natura delle sentenze produttive di ipoteca giudiziale, questa locuzione è così ampia (pagamento di una somma, consegna di cose mobili, adempimento di altra obbligazione la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni), che limitatissimo è il numero delle sentenze da cui non deriva, a favore di coloro che le hanno ottenute, il diritto di procedere alla iscrizione della ipoteca. E l'espositore del Codice, tenuto conto delle considerazioni che abbiamo fatte in via preliminare, non può censurare il sistema della legge, circa questa larghezza nella concessione dell'ipoteca giudiziale.

Come decideva il Supremo Collegio di Firenze, può iscriversi ipoteca giudiziale in base a sentenza che condanna al pagamento di somma promessa, sebbene la esistenza e quantità della medesima restino da accertarsi in futuro. In particolare, può iscriversi ipoteca giudiziale al sèguito di condanna al pagamento, relativa alla pattuita partecipazione agli

(1) Corte di appello di Venezia; sentenza dei 28 dicembre 1888; negli *Annali,* anno 1889, parte III, pag. 51.

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza degli 8 maggio 1894; nella *Corte Suprema di Roma,* anno 1894, parte II, pag. 87.

utili di una impresa sociale, sebbene la ipoteca stessa sia subordinata al fatto di una successiva liquidazione degli utili che possano risultare ripartibili. « Con la concessione che si fa ad una persona da un assuntore di una impresa, della partecipazione di una data quota degli utili della medesima verificabili ad opera compiuta, si pone in essere una convenzione da cui, come ne nasce un diritto che, quantunque sottoposto a condizione, non cessa di essere patrimoniale per il concessionario, così d' altro canto si dà vita ad un'obbligazione per parte del concedente che è tenuto ad adempierla (1). »

3.°

Interdizione dell'ipoteca giudiziale sui beni di un'eredità giacente od accettata con benefizio d'inventario.

Le sentenze di condanna non producono l'ipoteca giudiziale sui beni di un'eredità giacente od accettata con benefizio d'inventario (art. 1971). L'erede benefiziato ed il curatore della eredità giacente non possono concedere diritti di poziorità ad alcuni creditori ereditari, a detrimento degli altri. L' autore della legge ha preveduto questo caso, che l' erede benefiziato (e dicasi lo stesso del curatore della eredità giacente), volendo favoreggiare un creditore ereditario, si faccia condannare dal magistrato, sulla istanza promossa da quel creditore, senza opporre alcuna difesa, ovvero opponendo una difesa illusoria. Ebbene, per impedire questa frode a danno degli altri creditori ereditari, provvidamente statuisce il Codice il divieto racchiuso nell'art. 1971. Il Supremo Collegio di Torino, in rapporto a questo articolo, proclamava due massime ineluttabili.

A) L'erede con benefizio d'inventario non può, neanche con autorizzazione giudiziale, ipotecare i beni della eredità. Benchè l'erede maggiorenne con benefizio d'inventario possa, con autorizzazione giudiziale, vendere i beni dell'eredità, non può peraltro, neanche con autorizzazione giudiziale, ipotecarli. Nella vendita è salvo l'interesse dei creditori, dovendosi distribuire ad essi il prezzo, secondo il loro grado, nel giudizio

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 17 gennaio 1895; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1895, parte I, pag. 43.

di graduazione; ma nella concessione d'ipoteca non sarebbe salvo, giacchè si darebbe, coll'ipoteca, prelazione ad un creditore chirografario sovra gli altri chirografari che avevano diritto di essere con lui pagati per contributo. Dall'avere il Codice, coll'art. 1971, dichiarato, che le sentenze di condanna non producono ipoteca giudiziale sui beni della eredità accettata col benefizio dell'inventario, senza avere fatto parola della ipoteca convenzionale, non puossi dedurre la conseguenza che sia stata intenzione del legislatore di lasciar sussistere gli effetti della ipoteca consentita per contratto dall'erede, salva solo la pena della decadenza del medesimo dal benefizio d'inventario, quando questa sia applicabile. Senza la disposizione del citato art. 1971, facile riusciva il far frode alla legge. L'erede benefiziato, per evitare la pena della decadenza in cui sarebbe incorso consentendo l'ipoteca sui beni ereditari, non aveva che a lasciarsi condannare senza opporre alcuna difesa alle domande del creditore, facendogli per tal modo indirettamente conseguire ciò che direttamente non gli poteva concedere. Occorreva impedire ogni collusione tra l'erede ed il creditore, ed a tale scopo venne dettato l'articolo anzidetto, il quale perciò, ben lungi dal prestare argomento ad escludere dalla proibizione l'ipoteca convenzionale, forma anzi il compimento della proibizione medesima. Se l'erede maggiore può, senza perdere il benefizio dell'inventario, alienare i beni immobili della eredità in seguito ad autorizzazione giudiziale, è però a ritenersi che l'alienazione deve seguire colle forme prescritte dal Codice di procedura civile, ed il prezzo si deve distribuire in apposito giudizio di graduazione (art. 973 Cod. civ. e 877 Cod. di proc. civ.). L'alienazione in questo caso non altera per nulla la condizione in cui si trovavano i creditori dell'eredità al tempo dell'aperta successione. Invece, la concessione d'ipoteca su detti immobili avendo per oggetto il favore di un creditore a pregiudizio degli altri muta il precedente stato di cose, che l'erede deve lasciare intatto per continuare a godere di tale benefizio. Non è quindi ammissibile la illazione che dall'un caso all'altro si vorrebbe dedurre. Ben è vero che, secondo gli art. 224, 296 e 301 del Codice civile, possono tanto il genitore che esercita la patria podestà, quanto il tutore, contrarre mutui, alienare ed ipotecare beni immobili dei loro amministrati, il primo mediante autorizzazione del tribunale, il secondo con autorizzazione del

consiglio di famiglia debitamente omologata. Ma è ovvio l'avvertire, che queste autorizzazioni non debbono essere concesse, salvo per causa di necessità o di evidente utilità, e che se i decreti emanati in sede di giurisdizione volontaria possono far presumere verificate tali condizioni quando si tratta di giudicare dei loro effetti fra le parti contraenti, diversa cosa è quando si tratta di opporsi in sede contenziosa ai terzi cui rechino danno. In questo caso i terzi hanno diritto d'indagare se l'autorizzazione abbia avuto per iscopo l'utile del patrimonio, l'interesse comune, e quando ciò sia escluso, possono declinarne a loro riguardo gli effetti e le conseguenze (1).

B) Accettata una eredità con benefizio d'inventario, possono i creditori dell'erede iscrivere sui beni dell'eredità stessa l'ipoteca giudiziale. Se era giusto che, devoluti per l'accettazione col benefizio dell'inventario, ai creditori dell'eredità, i beni della eredità stessa, la condizione loro fosse eguale per tutti, e niuno potesse crearsi diritti di preferenza, non parve che uguale trattamento dovesse usarsi anche riguardo ai creditori dell'erede. A questi pertanto non si applica il divieto di iscrivere sui relativi beni un'ipoteca giudiziale; e l'articolo 2062, prevedendo appunto e regolando il caso di concorso di iscrizioni per debiti ereditari e di iscrizioni per debiti dell'erede, apertamente lo conferma. Troppo facile del resto sarebbe all'erede, in caso contrario, di sottrarre per un tempo indefinito alle ricerche dei propri creditori i beni delle successioni a lui devolute, solo che usasse la cautela di accettarle col benefizio dell'inventario (2).

---

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 28 febbraio 1872; negli *Annali*, anno 1872, parte I, pag. 195.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 30 gennaio 1879; nel *Giornale delle leggi*, anno X, num. 19. — Con altra sentenza, degli 8 novembre 1884 (nella *Legge*, anno XXV, Vol. I, pag. 227), il Supremo Collegio di Torino rifermava questa dottrina, soggiungendo: « Combinata siffatta intelligenza dell'art. 1971 coi principî che governano il benefizio d'inventario, l'unica conseguenza che può trarsene in favore del creditore dell'erede si è questa, che egli può bensì iscrivere l'ipoteca giudiziale anche sui beni dell'eredità benefiziata, ma questa ipoteca, puramente eventuale, non potrà avere effetto, se non in quel tanto che sia per rimanere dell'eredità, dopo soddisfatti i creditori di questa, ed in confronto degli altri creditori dell'erede, non mai dei creditori del defunto. »

4.°

Ipoteca giudiziale in rapporto alle sentenze degli arbitri.

Le sentenze degli arbitri non producono ipoteca, se non dal giorno in cui sono rese esecutive con provvedimento dell'autorità giudiziaria competente (art. 1972). Le sentenze degli arbitri sono pareggiate a quelle dell'autorità giudiziaria; ma queste sentenze, perchè siano esecutive, hanno bisogno del suggello del potere sociale, non essendo gli arbitri che persone private; siffatta attribuzione, di rendere esecutive le sentenze degli arbitri, è data al pretore del luogo in cui la sentenza viene pronunziata. Statuisce in proposito l'art. 24 del Codice di procedura civile: « La sentenza in originale è depositata coll'atto di compromesso, nel termine di giorni cinque, da uno degli arbitri, o personalmente o per mezzo di mandatario munito di procura speciale per quest'oggetto, alla cancelleria della pretura del mandamento in cui fu pronunziata: altrimenti è nulla. Si forma processo verbale del deposito, che è sottoscritto da chi lo fa, dal pretore e dal cancelliere. La procura anzidetta è annessa al processo verbale. La sentenza è resa esecutiva e inserita nei registri per decreto del pretore, il quale deve pronunziarlo nel termine di giorni cinque dal deposito nella cancelleria. » Nello stadio di elaborazione del Codice di procedura civile fu osservato, che il rendere esecutiva la sentenza degli arbitri è atto di giurisdizione. Quindi conveniva attribuire non al solo pretore, in tutti i casi, ma alle diverse magistrature, secondo le regole di loro competenza ordinaria, la facoltà di rendere esecutive le sentenze degli arbitri. Ma la proposta fu respinta, avuto riguardo alla considerazione, che col sistema accolto si vollero eliminare le difficoltà pratiche che la giurisprudenza francese incontrò nel determinare quale magistratura debba rendere esecutiva la sentenza degli arbitri, allorquando è incerta la natura e l'entità della causa. D'altra parte, a che pro ricorrere al criterio della competenza circa la causa, se il magistrato non dovrà esercitarla mai? Trattasi di una mera formalità; il magistrato interviene soltanto per munire la sentenza del precetto di esecuzione. Perchè il pretore non potrà far ciò in un sistema nel quale anche certi uffiziali

pubblici, i notai, ad esempio, hanno facoltà di conferire ai loro atti la formola esecutiva? Che se pur si trattasse di atto di giurisdizione, il Codice di procedura, come legge, poteva attribuirla a chi meglio credeva (1).

5.°

Ipoteca giudiziale in rapporto alle sentenze delle autorità giudiziarie straniere.

Le sentenze pronunziate dalle autorità giudiziarie straniere non producono ipoteca sui beni situati nel regno, se non quando ne sia stata ordinata l'esecuzione dalle autorità giudiziarie del regno, salve le disposizioni contrarie delle convenzioni internazionali (art. 1973). La forza esecutiva alle sentenze delle autorità giudiziarie straniere è data dalla Corte di appello nella cui giurisdizione debbono essere eseguite, premesso un *giudizio di delibazione*, di cui si dànno le norme nell'ultimo titolo del Libro III del Codice di procedura civile. La Corte deve esaminare: 1.° Se la sentenza sia stata pronunziata da un'autorità giudiziaria competente; 2.° Se sia stata pronunziata, citate regolarmente le parti; 3.° Se le parti siano state legalmente rappresentate o legalmente contumaci; 4.° Se la sentenza contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno del regno (art. 941 del Cod. di proc. civ.). Come notava lo Scialoia, in rapporto all'art. 683 del Codice sardo, nel giudizio di delibazione la Corte d'appello principalmente ha da indagare se le forme più essenziali del processo, quelle che sono una garantìa essenziale della rettitudine dei giudizi, siano state osservate. La qual ricerca dev'esser fatta colla scorta di due criteri: l'uno consistente nelle leggi del paese dove fu pronunziata la sentenza; l'altro in certi principî di logica legale, fondati sulla natura stessa del giudizio in genere. In ogni caso però la Corte di appello può circoscrivere la sentenza estera, o temperarla in quelle parti e sotto quegli aspetti per cui potrebbe eccedere le facoltà consentite dal Codice patrio, quanto all'esecuzione ed ai suoi modi. Essa ha il di-

(1) Verb. num. 6 della Comm. Coordinatrice del Codice di procedura civile.

ritto ancora di renderla del tutto inefficace, nel caso che le disposizioni in essa contenute fossero opposte all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno del regno. Tale sarebbe la condanna a restituire uno schiavo, o la condanna a pene corporali, interdette dal diritto imperante in Italia, nel caso d'inosservanza dell'obbligazione. Questo anzi è l'esame che deve compiersi in primo luogo; esso non ammette nè distinzione, nè eccezione di sorta. Per quanto si attiene poi al principio generale circa la necessità di subordinare la forza esecutiva delle sentenze straniere ad un *giudizio di delibazione* da parte dei nostri magistrati, è agevole l'osservare che non potrebbe consentirsi ad una autorità straniera, nel perimetro dello Stato italiano, un potere giurisdizionale, incompatibile coi diritti di indipendenza e di sovranità nazionale.

Giusta l'articolo 1973, le sentenze straniere non producono ipoteca sui beni situati nel regno, se non quando ne sia stata ordinata l'esecuzione dalle autorità giudiziarie del regno, *salve le disposizioni contrarie delle convenzioni internazionali;* vale a dire che si ammette l'impero di convenzioni internazionali, in forza delle quali, anche prima che la sentenza straniera sia stata dichiarata esecutiva, essa produce ipoteca sui beni situati nel perimetro dello Stato italiano. Nel 1878, innanzi alla Corte di appello di Lucca, fu invocato il trattato conchiuso tra la Francia e la Sardegna il 24 marzo 1760, che dicevasi confermato ed esteso a tutta Italia colla dichiarazione ministeriale del 1.° settembre 1860, ove nell'articolo 22 si legge: « De la même manière que les hypothèques établies en France par actes publics ou judiciaires sont admises dans les Tribunaux de Sa Majesté le Roi de Sardaigne, l'on aura aussi pareil égard dans les Tribunaux de France pour les hypothèques qui seront constituées à l'avenir par contrats publics, soit par ordonnances, ou jugements dans les Etats de Sa Majesté le Roi de Sardaigne. » Soggiungevasi, che ad ogni modo, come atto puramente conservativo, la iscrizione poteva accendersi validamente anche in forza di giudicati stranieri non ancora dichiarati esecutorî nello Stato. La Corte osservò: « Lasciando di vedere se il primo di questi due argomenti sia fondato, potendo al medesimo opporsi che il citato articolo 22 del trattato del 1760 dà vigore reciprocamente all'ipoteca dell'uno e dell'altro Stato

quante volte però vedasi dichiarata nella sentenza o costituita nell'atto straniero, egli è certo che al secondo mal saprebbe negarsi accoglienza. Ed invero, che la semplice iscrizione dell' ipoteca non sia che un atto conservatorio, è comunemente ammesso: ora, quando esiste una convenzione internazionale che stabilisce, come fa appunto il trattato sopraindicato, col paragrafo successivo a quello trascritto, potersi la sentenza di uno Stato eseguire nell' altro, sia pure coll' espressa riserva di far prima dell' esecuzione accertare dalle proprie autorità giudiziarie la esistenza legittima del giudicato, è ragionevole che intanto la ipoteca giudiziale possa nel modo che consente la legge conservarsi. Essa nasce, è vero, condizionalmente sui beni posti nel territorio dello Stato, sotto la condizione cioè che il giudicato venga reso esecutorio, ma non può controvertirsi che anche i diritti sospesi da condizione danno facoltà di procedere agli atti indispensabili alla loro conservazione, il che è pure consentaneo allo scopo della convenzione internazionale, poichè non può supporsi che, una volta stabilito fra i due Governi di eseguire i giudicati dei rispettivi paesi, si volesse preclusa la via a quegli atti conservatorî senza dei quali molte volte i diritti delle parti potrebbero riuscire illusorî (1). » Il Fiore, annotando nel *Foro italiano* la sentenza della Corte di Lucca, ha osservato che, nella giurisprudenza italiana e francese, si considera sempre in vigore il trattato del 24 marzo 1760, concluso tra la Sardegna e la Francia, ed è applicato per regolare l'esecuzione delle sentenze dei tribunali di uno Stato nel territorio dell'altro. Soggiungeva il citato scrittore, che si può nonpertanto discutere se quel trattato era in vigore tra la Sardegna e la Francia, e se possa ritenersi applicabile alle province che costituiscono oggi il Regno d'Italia. « Quel trattato fu stipulato tra il Re di Sardegna e il Re di Francia per delimitare le frontiere dei due Stati; quello che fu disposto circa l' esecuzione delle sentenze dei Tribunali rispettivi è una parte accessoria. Ora è da notare che, essendo stato riunito il Piemonte alla Francia col senatoconsulto del 24 fruttidoro, anno X, ed essendo stati confusi i confini dei due Stati, quel trattato restò di fatto annullato.

(1) Corte di appello di Lucca; sentenza dei 25 giugno 1878; nel *Foro italiano*, anno 1878, parte I, pag. 1073.

Nè varrebbe il dire, che i trattati riprendono il loro impero alla conclusione della pace, perchè questo può esser detto dei trattati di amicizia e di commercio, non di un trattato di confine, quando di fatto i confini furono confusi; i nuovi confini tra la Francia e il Piemonte furono stabiliti col trattato del 1814, nel quale il trattato del 1760 non fu richiamato in vigore. » Che se pure quel trattato si fosse considerato in vigore tra la Sardegna e la Francia, si potrebbe poi dubitare se sia in vigore tra la Francia e il Regno d'Italia. La costituzione del Regno d'Italia importò la morte di tutti gli Stati che lo formarono, compreso il Regno di Sardegna. La dichiarazione del settembre 1860, tra il ministro degli affari esteri di Sardegna e l'inviato di Francia, circa l'interpretazione del paragrafo del trattato 24 marzo 1760, non è decisiva, perchè quella dichiarazione fu uno scambio d'idee tra i due ministri, per stabilire certe norme per i tribunali, ma nulla decise e innovò circa l' esistenza del trattato. Queste considerazioni del Fiore a noi sembrano di molta importanza e di molta serietà, avuto riguardo ai principî di diritto internazionale, ammessi universalmente, circa la efficacia dei trattati e delle convenzioni. Ma, ciò dicendo, non intendiamo di riprovare la giurisprudenza che, in Francia ed in Italia, nell' interesse vicendevole dei cittadini dell' uno e dell'altro paese (e tra essi i rapporti giuridici si costituiscono con frequenza), tiene conto del trattato del 1760 per regolare la esecuzione delle sentenze. E resta fermo il principio generale, fermato nella parte terminativa dell'articolo 1973 del nostro Codice, che la esistenza di convenzioni internazionali può produrre questo effetto, che la sentenza pronunziata da una autorità giudiziaria straniera costituisca il sostrato di una ipoteca sopra beni situati entro l' orbita dello Stato, anche prima di essere dichiarata esecutiva nelle forme sancite dal Codice di procedura civile.

6.°

Ipoteca giudiziale nel caso di fallimento del debitore

Nei paragrafi che precedono abbiamo esaminati i quattro articoli racchiusi nel Codice civile circa l'ipoteca giudiziale. Ora crediamo necessario di richiamare una grave con-

troversia surta nella giurisprudenza, nel determinare il significato del numero 4.° dell'art. 709 del vigente Codice di commercio. Statuisce il legislatore: « Si presumono fatti in frode dei creditori, e in mancanza della prova contraria sono annullati rispetto alla massa dei creditori, qualora siano avvenuti posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti: ... 4.° i pegni, le anticresi e le ipoteche costituite sui beni del debitore. » La presunzione di frode, di cui al numero 4.° dell'art. 709 del Codice di commercio, colpisce soltanto le ipoteche contrattualmente concesse dal fallito dopo la cessazione dei pagamenti, od anche le ipoteche giudiziali nascenti da sentenze contro di lui ottenute, ed iscritte prima della dichiarazione di fallimento?

Il Supremo Collegio di Napoli, nel decidere tale quistione, adottava l'opinione rigorosa, ritenendo che il precetto della legge si deve applicare sì alle ipoteche convenzionali, sì alle ipoteche giudiziali. L'art. 709, num. 4, Cod. di commercio, osservava la Cassazione napoletana, presume dirette a frodare la massa dei creditori le ipoteche costituite sui beni del debitore dopo la cessazione dei pagamenti, senza distinzione di sorta tra quelle che siano suscettive di frode nella costituzione loro. Il perchè, escluse le ipoteche legali, la cui costituzione, essendo inerente alla legge da cui promana, è insospettabile, le altre, e convenzionali, e giudiziarie, non sfuggono alla disposizione ora ricordata. Non è esatto il concetto di essersi la legge voluto riferire alle ipoteche convenzionali soltanto, per avere parlato d'ipoteche costituite, stantechè nel linguaggio della legge il qualificativo *costituite* equivale all' altro di originate e stabilite, non a quello di *consentite*. In effetti, il Codice civile, parlando della ipoteca, nelle sue diverse categorie, d'ipoteca legale, giudiziaria e convenzionale, la definisce un diritto reale *costituito* sopra i beni del debitore o di un terzo, a vantaggio di un creditore (articolo 1964), e nel successivo art. 1987 parla del titolo costitutivo dell'ipoteca occorrente ad ottenere l'iscrizione, qualunque sia l'ipoteca da iscrivere. Non la sentenza, ma lo effetto della ipoteca che se ne vuol trarre, è avuto in sospetto, non potendosi identificare questa con quella, quantunque ne sia il prodotto nei casi ordinari; e che non s'identificano è dimostrato con la disposizione dell'art. 1971 Codice civile, col quale è rilevato come le sentenze di condanna non pro-

ducono ipoteca giudiziaria sui beni di una eredità giacente od accettata con benefizio d'inventario. Perlochè, se si attenda alla lettera ed alla ragione della legge, non può essere dubbio, che costituita nelle condizioni cennate l'ipoteca giudiziale sia reputata senza efficacia anch'essa rispetto alla massa dei creditori, salvo che, pei risultamenti della prova contraria, quando ne sia il caso, secondo le ipotesi del detto articolo 709, fosse il titolo costitutivo giudicato valido, giusta il seguente art. 710. Può darsi che il creditore, sciente dell'imminente fallimento del debitore, abbia potuto provocare e sollecitare il giudizio, per indi attendere colla ipoteca giudiziale una posizione di favore rispetto a tutti gli altri creditori; e quindi non resta esclusa la collusione possibile col debitore, perchè tal favore fosse raggiunto (1).

Noi crediamo che sia da preferirsi la teoria accolta dalle Cassazioni di Firenze, di Torino e di Roma; il num. 4 dell'art. 709 del Codice di commercio ha riguardo soltanto alle ipoteche convenzionali. A conforto di questa teoria, vogliamo riferire i punti culminanti del ragionamento contenuto nei pronunziati dei Collegi Supremi. Il Codice di commercio del 1865, in via assoluta, e con una disposizione che non ammetteva la prova in contrario, fra gli altri atti e contratti compresi nella enunciazione dell' articolo 555 dello stesso Codice, colpiva di nullità anche « le iscrizioni di ipoteche prese sopra i beni del debitore dopo il tempo della cessazione dei pagamenti, o nei dieci giorni precedenti. » Il nuovo Codice, invece, con un sistema più razionale, dichiara, nel numero 4 dell'art. 709, sospette di frode a danno della massa dei creditori, e, in mancanza della prova contraria, vuole quindi annullate le ipoteche *costituite* sui beni del debitore. Ma soggiunge nel successivo art. 710 che: « le iscrizioni ipotecarie, prese in virtù di un titolo riconosciuto valido, non sono comprese nelle disposizioni degli articoli precedenti, purchè siano anteriori alla sentenza dichiarativa del fallimento. » Ora, in presenza di siffatte disposizioni, massime se lette senza perdere di vista i motivi che determinarono il legislatore a modificare così profondamente il sistema delle nullità derivanti dalla cessazione dei pagamenti; e quando, d'altra parte,

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 30 gennaio 1888; nel *Foro italiano,* anno 1888, parte I, pag. 545.

si consideri che l'art. 709, stabilendo una presunzione di frode, ed invertendo l'onere della prova, costituisce una disposizione eccezionale, e quindi di stretta interpretazione; che la detta presunzione mal si concilia colla solennità di una pronunzia giudiziaria; e che la espressione, *ipoteche costituite,* dal legislatore adoperata nel citato num. 4 dell'art. 709, nella soggetta materia di atti presunti fraudolenti, non può riferirsi che alle ipoteche sorte dalla libera costituzione per parte del debitore fallito, ossia alle *convenzionali,* è forza concludere che nella predetta disposizione non sono comprese le ipoteche giudiziali, e che queste, se anche il giudicato da cui emanano fosse posteriore alla data della cessazione dei pagamenti, purchè siano state iscritte prima della sentenza dichiarativa del fallimento, sono valide ed efficaci, finchè efficace e valido rimane il titolo, ossia il giudicato, in virtù del quale furono prese, giusta il disposto dell'art. 710 (1). Nell'art. 709 si contemplano *atti, pagamenti, contratti* che siano fatti dal debitore, e quindi, sia il tenore dei numeri 1, 2 e 3 di detto articolo, sia quello dello stesso num. 4, che parla di pegni, di anticresi, che non ponno venire poste in essere se non per contratto fra il debitore, che poi fallì, ed altro dei suoi creditori, sia la locuzione, ipoteche *costituite* sui beni del debitore, tutto fa vedere che sottoposte a quella presunzione di frode, in mancanza di prova contraria, sono le costituzioni d'ipoteche che il debitore abbia fatto a favore di alcun creditore; e che giammai può, nell'art. 709, essersi voluto contemplare, non la costituzione, ma la *iscrizione* di una ipoteca che venga fatta dai terzi a carico del debitore per un titolo giuridico affatto estraneo ad una contrattazione col debitore (2). Il Supremo Collegio di Roma, a sezioni unite, solennemente affermava il principio, che l'articolo 709, numero 4, del vigente Codice di commercio, colla frase « ipoteche costituite sui beni del debitore, » non contempla nè le ipoteche giudiziali, nè le ipoteche legali, ma ha unicamente inteso di parlare delle ipoteche convenzionali create e sorte per opera diretta del fallito. Osservò fra l'altro la Cassazione,

---

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 28 giugno 1886; nel *Foro italiano,* anno 1886, parte I, pag. 789.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 12 maggio 1890; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1890, parte I, pag. 302.

che: « anche nei Codici che hanno preceduto quello del 1882, la parola *costituite* era stata adoperata nel significato di (ipoteche) pattuite e consentite. É tale argomento ha per certo molto valore, perchè *non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur,* e per bene intendere la legge posteriore si può bene ricorrere alle leggi precedenti, siccome insegnava lo stesso giureconsulto Paolo, quando scrisse: *sed et posteriores leges ad priores pertinent.* » D'altra parte, soggiunse la Corte, devesi pure aver riguardo a questa considerazione, che sino a quando « lo stato di fallimento non diviene notorio per effetto della sentenza che lo dichiara, il fallito può sempre dare opera ad atti di commercio, e i terzi che hanno in buona fede contrattato con lui nel periodo sospetto hanno diritto che la loro buona fede sia dalla legge tutelata. Non è quindi assolutamente vero che la vita economica del fallito debba aversi per arrestata al giorno della cessazione dei pagamenti, come non è perfettamente vero, che tutti gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento possono retrotrarsi al giorno surricordato (1). »

III.

Dell'ipoteca convenzionale.

L'ipoteca convenzionale è quella che si costituisce per effetto della volontà del debitore; a differenza dell'ipoteca legale e dell'ipoteca giudiziale, le quali derivano dall'autorità della legge. Ordinariamente si avvera (per citare un esempio), che il prestatore stipula un'ipoteca, a guarentigia della restituzione del capitale e del pagamento degli interessi. Ma se nulla si è convenuto in rapporto alla guarentigia reale, il prestatore non ha diritto alla medesima. Vogliamo spiegare il significato in cui, in questa materia, abbiamo assunto l'avverbio *ordinariamente.* Attesta la esperienza che, in tema di prestiti (ed accenniamo a quelli che hanno importanza pel loro valore), il patto in forza del quale il debitore consente lo stabilimento di un'ipoteca è quello che contraddistingue il

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 29 gennaio 1892; nella *Legge*, anno XXXII, Vol. I, pag. 685.

mutuo ad interesse dal mutuo usurario. Ben è vero, e lo abbiamo in propria sede notato, che nel sistema del diritto italiano, non può, agli effetti giuridici, farsi distinzione tra *interesse* ed *usura*. Ma, nel campo della vita pratica, la cosa procede diversamente. Il *paterfamilias* che impiega a mutuo il frutto dei suoi risparmi, si contenta di un interesse ragionevole, ma nello stesso tempo richiede che il debitore garantisca con ipoteca la restituzione del capitale ed il pagamento degli interessi. Egli, e giustamente, non abbandona alla fede del debitore ciò che costituisce il sostentamento della sua famiglia. La mancanza di costituzione di ipoteca, nei grossi prestiti (nei rapporti di diritto civile), è il segno caratteristico, nella più parte dei casi, che il creditore ha trovato (o almeno si è proposto di trovare) un compenso ai rischi, di inadempimento delle obbligazioni che incombono al debitore, nel profitto esagerato che ha pattuito (spesso copertamente) dei suoi capitali. In tema di ipoteche convenzionali, la legge interviene soltanto per mantenere la osservanza dei patti liberamente consentiti; per rendere omaggio alla massima proclamata dal pretore romano, *pacta servabo*.

A.

Capacità richiesta per concedere l'ipoteca convenzionale.

Perchè sia valida la concessione dell'ipoteca convenzionale si richiede, da parte del concedente, una duplice capacità: la capacità *soggettiva* e la capacità *oggettiva*. In altre parole, il concedente deve esser capace di compiere atti di disposizione in rapporto agli immobili, e deve essere proprietario dei beni che si vogliono sottoporre alla ipoteca.

1.° *Capacità soggettiva.* — Coloro soltanto che hanno la capacità di alienare un immobile, possono sottoporlo ad ipoteca (art. 1974). I beni delle persone incapaci di alienare, e quelli degli assenti non possono essere ipotecati, fuorchè per le cause e nelle forme stabilite dalla legge (art. 1975). Così, il padre, o la madre che esercita la patria podestà non può ipotecare i beni del figlio, se non per cause di necessità o di utilità evidente del figlio stesso, e mediante l'autorizzazione del tribunale civile (art. 224). Il tutore non può con-

cedere ipoteca sopra i beni di un minore senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, suffulta dalla omologazione del tribunale (art. 296 e 301, applicabili ancora in tema d'interdizione, giusta l'art. 329). L'inabilitato non può ipotecare i suoi beni senza l'assistenza del curatore (art. 339). Il minore emancipato, volendo ipotecare i suoi beni, ha d'uopo del consenso del curatore, e dell'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, corroborata dalla omologazione del tribunale (art. 319). Ai soli minori commercianti, giusta l'articolo 11 del Codice di commercio, è data facoltà di ipotecare ed alienare i beni immobili. La moglie non può sottoporre ad ipoteca i suoi beni parafernali senza l'autorizzazione del marito o del tribunale (art. 134 e 136); e, trattandosi di beni dotali, essi non si possono ipotecare se non col consenso del marito e della moglie, e mediante decreto del tribunale, che può darne l' autorizzazione nei soli casi di necessità o di utilità evidente; decreto non necessario quando nel contratto di matrimonio è stata permessa l' obbligazione della dote (art. 1404 e 1405). Coloro che hanno ottenuto l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, non possono ipotecarli, senza autorizzazione giudiziale (art. 29). In rapporto ai beni delle province e dei comuni, non si possono ipotecare senza l' approvazione della Giunta provinciale amministrativa (art. 166 e 223, Legge comunale e provinciale, dei 10 febbraio 1889). E parimente si richiede l'approvazione della Giunta provinciale amministrativa perchè sia valida l'ipoteca sui beni appartenenti alle istituzioni pubbliche di beneficenza (art. 36, Legge sulle Opere pie, dei 17 giugno 1890).

2.° *Capacità oggettiva.* — Quegli che concede l' ipoteca deve essere proprietario dell'immobile che vuole sottoporre ad ipoteca; beninteso che l'ipoteca si può costituire anche sopra i beni di un terzo, ma col consenso di questo terzo. L'articolo 1964 del Codice determina colla massima precisione, che l'ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni del debitore o di un terzo. Nelle decisioni della Ruota Romana, riproducendosi le formole dei Dottori, è affermato con pari chiarezza questo principio. « Hypotheca non comprehendit ea quae non sunt debitoris. Hypotheca non datur ubi adest dominium. Hypotheca non cadit in bonis antecedenter alienatis. Non potest res hypothecari sine dominio, et consequenter non potest debitor rem alienam hypothecare. In re aliena potest ab

initio voluntate domini hypotheca constitui (1). » Avuto riguardo agli effetti dell'ipoteca, alla preminenza che spetta al creditore ipotecario nella distribuzione del prezzo ricavato dall'alienazione forzata della cosa, soltanto il proprietario di questa cosa. può consentire lo stabilimento dell'ipoteca. Ed il Codice tiene conto appunto di questo effetto della ipoteca, quando dichiara, nell'articolo 1974, precedentemente esaminato parlando della *capacità soggettiva*, che soltanto coloro i quali hanno la capacità di alienare un immobile, possono sottoporlo ad ipoteca. Dicendo che il debitore deve essere proprietario dell'immobile, abbiamo figurata la ipotesi ordinaria, che l' ipoteca riguardi un immobile, e vincoli, all'osservanza dell'obbligazione, tutti i poteri che derivano dal diritto di proprietà *(plenum dominium)*. Ma, come è statuito nell'art. 1967, anche il semplice usufrutto di beni immobili è capace d'ipoteca; son capaci dell'ipoteca anche i diritti del concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici. Ora è chiaro che quando si vuole sottoporre ad ipoteca uno di questi diritti immobiliari, è sufficiente, per quanto si attiene alla capacità *oggettiva*, avere il dominio del diritto. Quindi l'usufruttuario validamente concederà ipoteca sul suo usufrutto; il concedente e l'enfiteuta in modo efficace consentiranno ipoteca sul rispettivo diritto che ad essi compete sul fondo enfiteutico. In tema di comunione, ciascun partecipante può liberamente ipotecare la sua quota; ma l' effetto dell' ipoteca si limita a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione (art. 679).

Il Codice italiano, sulle orme del Codice francese, non dichiara, in termini formali, che fa d'uopo essere proprietario, per consentire efficacemente la ipoteca; ma lo dichiara implicitamente richiedendo (lo abbiamo avvertito) la capacità di alienare. E, veramente, il diritto di alienare è uno degli attributi essenziali del diritto di proprietà; soltanto i proprietari possono alienare; dunque se la capacità di alienare è necessaria per consentire un'ipoteca, la formola della legge implicitamente racchiude il concetto, che il concedente deve essere proprietario dei beni da sottoporsi alla ipoteca (2). Non è consentito di ipotecare i beni che appartengono ad una

(1) V. *Sacrae Rotae Romanae Decisiones recentiores in compendium redactae,* Vol. III, verb. *Hypotheca*; Mediolani, 1731.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXX, num. 463.

persona diversa da quella che costituisce l'ipoteca, semprechè non intervenga il consenso di essa. Giusta i principî del Diritto romano, si poteva vendere ma non ipotecare la cosa altrui (1). Nel sistema del nostro Codice è interdetta così la ipoteca, come la vendita della cosa altrui (art. 1459).

Il *negotiorum gestor* non può concedere una valida ipoteca; l'ipoteca dovrebbe giudicarsi invalida anche quando l'atto del gestore fosse stato in sèguito ratificato dal *dominus*. Questa ratifica, difatto, non potrebbe render valide le iscrizioni prese in virtù dell'atto consentito dal gestore; l'atto originariamente nullo non può essere opposto ai terzi che, nell'intervallo, hanno contrattato col *dominus*. Insegnava in proposito Bartolo (Ad L. *Si indebitum,* § *Procurator,* D. *ratam rem haberi*): « Actus medius interveniens impedit ratihabitionem trahi retro, in praejudicium tertii, cui jus intermedio tempore quaesitum fuit. » Il Codice stabilisce, nel secondo capoverso dell'articolo 1309, che la conferma, ratifica o esecuzione volontaria secondo le forme e nei tempi determinati dalla legge produce la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro l'atto *salvi però i diritti dei terzi* (2).

Se il debitore, concessa l'ipoteca sul fondo altrui, acquista in sèguito il dominio di questo fondo, l'ipoteca sarà valida? Il Supremo Collegio di Napoli ha risposto affermativamente. L'ipoteca consentita sul fondo altrui, ove posteriormente il debitore ne abbia acquistato il dominio, è valida di fronte al promittente ed agli aventi causa da lui anche a titolo particolare, pel principio della responsabilità del fatto proprio; secondo il quale, alla impugnazione che egli od i

(1) « Etsi enim quod venditionem recipit, quia in commercio est, etiam pignorationem recipere possit... non tamen ab omni eo qui rem vendere potest, etiam jure oppignoratur. Nam cum ex pignoris aut hypothecae constitutione creditori nasci debuerit jus pignoris, adeoque jus in re, necesse fuit, ut jus in re haberet qui jus pignoris alteri constituere vult. At venditor, ex contractu venditionis, nullum emptori constituit jus in re, sed tantum suam personam ad rem tradendam obligat, ad quod non opus est, ut ullo jure in re munitus sit. » Voet, *Comm. ad Pandectas,* Lib. XX, tit. III, num. 3; Hagae-Comitum, 1731.

(2) V. Persil, *Régime hypothécaire,* sull'art. 2124, num. V; Paris, 1809.

suoi aventi causa volessero farne osterebbe l'eccezione di dolo; non altrimenti in sostanza di ciò che accade nella vendita di cosa altrui, la nullità della quale non si può opporre dal venditore (art. 1459). Nè in genere può ostarvi l'art. 1977; il suo scopo infatti è quello solo di imporre la designazione specifica dell'immobile da assoggettarsi ad ipoteca: epperò lo stesso trova bensì applicazione quando l'ipoteca sia costituita in modo vago e generico, non già quando il fondo trovisi specificatamente designato. Nelle fonti si trova un frammento così concepito: « Si (filius familias) patri heres extiterit, qui rem patris pignori dedit, et pignus persequatur, exceptione doli mali submovebitur. » (L. 7, § 2, D. *ad SCtum Maced.*). La quale sentenza: « mantenuta in modo non dubbio sotto l'impero del Diritto romano, che pure diceva nulla la ipoteca sulla cosa altrui, e per la universalità del principio onde scaturisce, accettata ancora dalla parte più eletta della scuola moderna, non potrebbe per alcuna ragione essere rifiutata sotto la presente legislazione, dove, nonchè identici principî, leggesi espresso il divieto al venditore di eccepire la nullità della vendita della cosa altrui (1). » La teoria seguìta dalla Cassazione napoletana non può essere accolta. Trattandosi della vendita della cosa altrui, il Codice dichiara espressamente che la nullità della vendita non può mai essere opposta dal venditore (art. 1459). Trattandosi della costituzione di un'ipoteca convenzionale, il Codice non dichiara che la inefficacia della ipoteca stabilita sull'immobile altrui non si può opporre dal debitore. Nel primo caso la nullità è *relativa;* nel secondo, è *assoluta.* Come osserva il Ricci, le disposizioni circa la vendita non sono su questo argomento applicabili alla ipoteca; e non lo potrebbero essere. Nella vendita non vi ha che l'interesse particolare dei contraenti; quindi il legislatore ha potuto negare al venditore, che ha dato causa alla nullità, il diritto di valersene in danno del compratore. L'ipoteca, all'opposto, riguarda il credito, che è cosa di pubblico interesse; quindi le disposizioni della legge relative alla medesima riflettono l'interesse generale. Ora la nullità derivante dalla violazione di una disposizione di legge, statuita nell'interesse pubblico, è nullità assoluta, non relativa. Non vale far ri-

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 29 novembre 1879; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1880, parte I, pag. 115.

corso all'*exceptio doli*. Tale eccezione si potrebbe opporre, trattandosi d'interessi meramente privati. Ma, trattandosi d'interesse pubblico, questo deve essere tutelato e garantito nel modo voluto dal legislatore, anche nel caso di dolo da parte di colui che ha sottoposto ad ipoteca lo stabile altrui (1). L'autorità del Diritto romano non può essere invocata per risolvere la quistione. Diremo in proposito col Laurent: i partigiani del Diritto romano dimenticano, che i giureconsulti di Roma ignoravano il principio della specialità delle ipoteche, essi non avevano alcuna idea delle ragioni d'interesse pubblico che non consentono l'ipoteca della cosa altrui. Logici soprattutto essi doveano ammettere, che l'ipoteca della cosa altrui si rende valida, quando, in sèguito, il debitore acquista il dominio di essa. « Soyons logiciens comme nos maîtres en tenant compte des nouveaux principes de notre régime hypothécaire (2). » E pare che il giureconsulto belga non abbia torto.

Alla regola generale, che soltanto il proprietario dell'immobile può sottoporlo ad ipoteca, si deve fare eccezione in due casi, nei quali si avvera che colui il quale non è proprietario ha nondimeno il potere di alienare.

Il primo caso di eccezione alla regola generale si ha quando l'ipoteca è stata consentita da un erede apparente. Il Codice, nell'articolo 933, dopo di avere statuito che l'effetto dell'accettazione dell'eredità risale al giorno in cui si è aperta la successione, soggiunge che « sono però sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente. » Indubbiamente la disposizione del Codice si applica ancora alla concessione di un'ipoteca. Il Supremo Collegio di Napoli proclamò solennemente questo principio: « Ampia è la locuzione della legge (*convenzioni a titolo oneroso*); e la ragione della legge risguarda ogni sorta di diritti che l'erede possa avere trasmessi sui beni ereditari (3). » Osserva il Tartufari: « Quali

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, num. 184.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXX, num. 471.

(3) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 25 ottobre 1880; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1881, parte I, pag. 47. — V. un'altra sentenza della stessa Cassazione, dei 24 gennaio 1885; nella *Legge*, anno XXV, Vol. I, pag. 736.

sono i diritti, che il terzo di buona fede può acquistare dall'erede apparente? Si è insegnato, esservi alienazione solo allora, che l'erede apparente abbia disposto della realtà, sia cedendo diritti, sia distraendo cose, sia acconsentendo pegni e ipoteche sui beni ereditari. E fin qui non vi ha nulla a ridire; perchè se l'erede apparente contrae verso un terzo un'obbligazione meramente personale, questa non può toccare la eredità, che non si è punto confusa col patrimonio dell'erede apparente. Ma se ne è cavata la conseguenza, a parer nostro, sforzata, che l'articolo 933 parli soltanto della trasmissione dei diritti, e in ispecial modo non comprenda le obbligazioni contratte per occasione di una alienazione di cose e diritti ereditari, come accessorie delle alienazioni stesse. In cotesta dottrina non possiamo ravvisare tutta la desiderabile esattezza (1). » Noi non vogliamo esaminare (e d'altra parte questa non ne sarebbe la sede opportuna), se il concetto enunciato dal Tartufari si possa accettare, o debba invece collocarsi nella categoria dei principî audaci, piuttosto che arditi, che alcune volte il dotto giurista non ha dubitato di sostenere. A noi preme soltanto di constatare, che non sorge dubbio nella scuola circa la efficacia dell'ipoteca acconsentita dall'erede apparente, quando vi è il concorso delle condizioni stabilite nell'articolo 933 del Codice.

Il secondo caso di eccezione alla regola generale si ha, quando una contro-dichiarazione fatta per privata scrittura stabilisce che il proprietario apparente di un immobile non è altro che un prestanome. Come statuisce espressamente il Codice, questa contro-dichiarazione non può avere effetto che soltanto fra le parti contraenti ed i loro successori a titolo universale (art. 1319). Riguardo ai terzi l'atto apparente è quello che fa fede, la contro-dichiarazione è di nessuna efficacia. Il proprietario nominale, rispetto ai terzi, è il vero proprietario; egli validamente aliena l'immobile, validamente consente sul medesimo una ipoteca (2).

Coloro che hanno sull'immobile un diritto sospeso da una condizione, o risolvibile in casi determinati, o dipendente da titolo annullabile, non possono costituire che un'ipoteca sog-

(1) V. Tartufari, *Del possesso qual titolo di diritti*, Vol. II, numero 615; Torino, 1878.

(2) V. Laurent, *Ibidem*, num. 464.

getta alle medesime eventualità, ad eccezione dei casi in cui la legge espressamente dispone che la risoluzione o la rescissione non è operativa a danno dei terzi (art. 1976). Trovasi in questo articolo l'applicazione dei due principî: *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet; Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum*. Ma, nel sistema del nostro Codice, in non pochi casi, pur risoluto il diritto del concedente, permane in tutta la sua efficacia il diritto acquistato dal terzo. Accenniamo ai casi enunciati negli articoli 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553 e 1787. Crediamo che non sia necessario ripetere le ragioni che giustificano il sistema accolto dal Codice; rimandiamo a ciò che abbiamo osservato, svolgendo la teoria della trascrizione, e specialmente quando ci siamo arrestati intorno all'esame del numero 3.° dell'art. 1933. Ma non crediamo che sia inutile determinare anche più chiaramente i singoli casi preveduti espressamente dal Codice nell'articolo 1976. Questi casi sono tre. Il costituente può essere: 1.° proprietario sotto condizione sospensiva; 2.° proprietario sotto condizione risolutiva; 3.° proprietario in forza di un titolo annullabile. In ciascuno di questi casi quali sono gli effetti dell' ipoteca concessa dal proprietario, ed accettata dal creditore?

Primo caso. — Si tratta di un proprietario sotto condizione sospensiva (che è la vera condizione, siccome in sede propria abbiamo avvertito, facendo tesoro degli insegnamenti dei giureconsulti romani). L'ipoteca costituita sopra un immobile (e dicasi lo stesso dei diritti che, nel sistema del Codice, son capaci d'ipoteca) da chi non è proprietario del medesimo che sotto condizione sospensiva, non sarà efficace se non quando si avvera la condizione. L'ipoteca è dunque condizionale, allo stesso modo che è condizionale il dominio (o il diritto) del concedente. A questo caso si applica specialmente la prima massima che abbiamo precedentemente richiamata: *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. È questo un principio fondamentale del Diritto antico e del Diritto moderno.

Secondo caso. — Si tratta di un proprietario sotto condizione risolutiva (che, giusta i più sani principî del diritto, non è vera condizione). L'ipoteca costituita da un proprietario sotto condizione risolutiva diverrà inefficace verificandosi la condizione. A questo caso si riferisce la seconda massima

da noi dianzi richiamata: *resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum*. Ma questa massima, nel sistema del Codice, deve accettarsi coi temperamenti stabiliti in parecchi casi dallo stesso legislatore. Ad esempio, come dispone l'articolo 1088, la rivocazione della donazione per ingratitudine o per sopravvegnenza di figli non pregiudica ai terzi che hanno acquistati diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda. Il donatario, prima della trascrizione della domanda di rivocazione, ha concesso ipoteca sul fondo donato, e l'ipoteca è stata debitamente iscritta. Ebbene, in tal caso, la rivocazione della donazione non può vulnerare il diritto del creditore ipotecario.

Terzo caso. — Si tratta di un proprietario il cui titolo è soggetto ad annullamento. Questo proprietario non può costituire che un'ipoteca soggetta alle vicende dell'annullamento. Come ben dice in proposito un espositore del Codice, il diritto dei terzi non resta salvo nel caso in cui il dominio del concedente dipendeva da un titolo annullabile. Quindi, se sia dichiarata la *nullità* della vendita o della donazione, cadono con questa dichiarazione le ipoteche concesse dal compratore o dal donatario (1). Il numero 3.° dell'articolo 1933 non si riferisce ai casi di annullamento; e l'interprete deve mantenersi nella cerchia dei casi enunciati espressamente dal legislatore.

Si collega strettamente alla teoria della capacità oggettiva, in tema di costituzione di ipoteca, la disposizione racchiusa nell'art. 1977: l'ipoteca convenzionale non può costituirsi sui beni futuri. Questa disposizione si legge pure nel Codice francese (art. 2129). Ma, non ostante tale disposizione, il Troplong ha insegnato che deve giudicarsi valida l'ipoteca, consentita in modo condizionale, *si dominium acquisitum fuerit,* di un immobile specialmente determinato, di cui il debitore non ancora è proprietario al momento della costituzione dell'ipoteca. Il Diritto romano, osserva il Troplong, decideva allo stesso modo, quantunque l'ipoteca concessa puramente e semplicemente non poteva, a Roma come presso di noi, costituirsi se non sopra beni di cui il costituente era proprietario al tempo della convenzione. « Aliena res utiliter

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, numero 187.

potest obligari sub conditione, *si debitoris facta fuerit.*» (L. 16, § 7, D. *de pign. et hypoth.*). Quando si dànno in ipoteca i *beni futuri* non havvi alcuna specialità, e la legge è violata nelle sue disposizioni fondamentali; ma, nella ipotesi preveduta dal giureconsulto Marciano, la cosa è indicata, e si sa che la ipoteca graverà *questa* cosa, avverandosi la condizione (1). Noi non possiamo accettare questa dottrina. Nel caso accennato dianzi, deve ritenersi che siavi violazione della legge; la quale interdice la costituzione dell'ipoteca convenzionale sui beni futuri, e non distingue il caso in cui l'ipoteca si voglia costituire sulla generalità dei beni da quello in cui si voglia costituire sopra beni specialmente determinati. Il sistema ipotecario del Diritto moderno s'informa a principî diversi da quelli che lo governavano per Diritto romano; quindi il frammento di Marciano non può esercitare influenza nel risolvere la quistione. Da ultimo giova osservare, che la dottrina insegnata dal Troplong, respinta dalla maggior parte degli espositori del Diritto francese, è del tutto inammissibile sotto l'impero del nostro Codice, il quale, sulle orme della Legge ipotecaria Belga, non riproduceva l'art. 2130 del Codice francese, dove è statuito: « Se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per cautelare il credito, può egli, esprimendo tale insufficienza, acconsentire che ciascuno dei beni che acquisterà nell'avvenire, resti ipotecato a misura degli acquisti. » Questo articolo del Codice francese era riprodotto nelle Leggi Civili napoletane (art. 2016). Avuto riguardo alle considerazioni precedentemente svolte, non possiamo accettare la massima proclamata dalla Corte di appello di Casale: « È valida l'ipoteca consentita sopra immobili che il costituente sta per comprare, e compra nello stesso giorno, quando concorra una sufficiente designazione dei fondi. » La Corte adottava questa risoluzione, tenuto conto delle « speciali circostanze del caso. » Tra l'atto costitutivo dell'ipoteca, e l'atto che rendeva il debitore proprietario degli immobili, non vi era che un breve intervallo di poche ore, nello stesso giorno. Dunque, disse la Corte, « si confondono nella stessa unità di tempo l'acquisto degli immobili e la costituzione dell'ipoteca. » E soggiungeva: « Secondo il Diritto romano, lo spazio di tempo corrente da una ad altra mezzanotte

(1) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques,* num. 528.

costituiva il giorno civile, in guisa che in qualunque delle ore 24 si fosse compiuto un atto, si considerasse fatto in un'ora di luce (1). » Il testo del Diritto romano è un frammento del giureconsulto Paolo: « More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur; itaque quicquid in his viginti quatuor horis (id est, duabus dimidiatis noctibus, et luce media) actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset. » (L. 8, D. *de feriis et dilationibus*). Noi dobbiamo respingere la teoria seguìta dalla Corte; le *speciali circostanze del caso* non ci possono autorizzare ad accogliere un'opinione cui si ribella tutto il sistema del Diritto moderno. E, per quanto si attiene in particolare all'art. 1977, come si può ragionevolmente contrastare che i beni acquistati anche dopo poche ore soltanto dall'atto costitutivo dell'ipoteca si debbono considerare come *beni futuri* al momento in cui l'ipoteca è consentita? In tema di ipoteche, l'autorità del Diritto romano non può avere quella importanza che le si deve riconoscere per molti altri istituti del Diritto civile. Trattandosi dell'acquisto dei diritti reali, non si turba forse tutto l'ordinamento del Codice, accettando il principio enunciato dal giureconsulto Paolo?

Ha deciso la Corte di appello di Bologna, doversi ritenere valida ed operativa l'ipoteca consentita per un credito futuro, che sorgerà se all'inscrivente piacerà sovvenire danaro al costituente. Osservò in proposito la Corte: « Niuna disposizione di legge, nè i principî di diritto vietano che si possa costituire un'ipoteca per debiti futuri, e dottrina e giurisprudenza omai concordano nel ritenerne la validità, quando l'obbligazione principale alla quale essa si annette venga a realizzarsi; se il debito non esiste al tempo della stipulazione, nemmeno come condizionale, esso nascerà se il prestito si realizza, e ciò basta perchè divenga allora efficace l'ipoteca prestata in contemplazione del debito stesso, che il costituente o la persona per la quale l'ipoteca era data non poteva contrarre senza la precostituita garanzia (2). » Il Gabba, annotando questa decisione nella *Giurisprudenza italiana*,

(1) Corte di appello di Casale; sentenza dei 2 dicembre 1868; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1868, parte II, pag. 636.

(2) Corte di appello di Bologna; sentenza dei 21 dicembre 1894; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1895, parte I, sez. II, pag. 248.

faceva alcune considerazioni che crediamo opportuno di riferire. « L'ipoteca può certamente costituirsi sotto condizione, e vale allora per essa ciò che per tutti gli altri diritti condizionali, e anzitutto il canone, che appunto il gius romano ha proclamato in materia di pegno. « Quum semel conditio extitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita sit, sine conditione facta esset. » (L. 11, D. *qui potiores in pignore*). Ma s'intende che si tratti di vera e propria condizione, quale non è mai la condizione *si volam*, per parte dell' una o dell' altra delle parti concorrenti nel negozio: « Sub hac conditione, *si volam*, nulla fit obligatio » (L. 8, D. *de obligat. et action.*); lo che pur si legge nell'articolo 1162 Codice civile italiano. » Queste considerazioni del Gabba hanno certo una importanza, e noi non vogliamo contrastarla. Ma, d'altra parte, non si può disconoscere la serietà dell'argomento cui faceva ricorso la Corte di Bologna; vale a dire che la efficacia dell'ipoteca è subordinata al nascimento dell'obbligazione. Non si concepisce ipoteca a guarentigia di una obbligazione che non esiste; ma si concepisce benissimo che i contraenti possano validamente, l' uno concedere, l'altro stipulare ipoteca, pel caso in cui nascerà l'obbligazione. Come decise la Corte di Cassazione di Firenze, il titolo creditorio non è estremo essenziale per la validità della iscrizione ipotecaria; perciò è valida l'ipoteca iscritta per un credito eventuale non ancora sorto, e che può non sorgere. Osservò la Corte, che quello che importa nell'interesse dei terzi è la indicazione della cifra che si vuole garantire con la ipoteca; ciò costituisce l'estremo essenziale dell'istituto ipotecario, per metterli in guardia nelle loro transazioni e fornirli di un criterio sulla fortuna e sui mezzi dei loro debitori. « Il titolo creditorio non è estremo essenziale, può non ancora esistere, come nelle ipoteche pei conti correnti, per le garantìe date per esercizii e cauzioni, per intraprese e costruzioni. E lo stesso articolo 2007 del Codice civile permette la ipoteca per un credito non ancora nato, e pel quale non sia fatto ancora alcun versamento, ed *a fortiori* la permette per un credito eventuale (1). » Tra gli espositori del Codice il Bor-

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 6 aprile 1893; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1893, parte I, pagina 271.

sari specialmente si è fermato a dimostrare la efficacia dell'ipoteca convenzionale per un credito eventuale: « Tizio si dà al commercio con pochi danari, ed ha bisogno di averne molti per attuare le sue imprese. Si rivolge al banchiere B. per essere accreditato sul suo banco sino alla somma di 500,000 lire; fortunatamente egli possiede molte terre, e può offrirgli una valida garanzia. Il banchiere accetta la proposta; iscrive l'ipoteca. Con questa fede e con questo solo contratto, Tizio stabilisce la sua propria riputazione nel pubblico e può avviare i suoi negozi. Egli si servirà di questo credito come stimerà opportuno; forse impiegherà tutta la somma e forse no; sarà istituito un conto corrente di pagamenti e di rimborsi; a tempi determinati si liquiderà il conto. Se avvenga il bisogno di valersi della ipoteca che garentisce tutta la somma accreditata, la misura della ipoteca sarà quella del credito del banchiere coi relativi interessi; onde la ipoteca chiamasi eventuale, perchè non avrà alcun effetto se non si prendesse alcuna somma, o ne avrà quel tanto che corrisponde ai pagamenti riscossi (1). » Adunque, *sì come mostra esperïenza e arte,* come si ritiene dalla giurisprudenza e dalla dottrina, si deve ammettere la efficacia della iscrizione dell'ipoteca anche quando si tratta di assicurare un credito eventuale. Ben è vero che, nella specie esaminata dalla Corte di Bologna, l'inscrivente era libero di sovvenire o no il danaro al costituente. Ma non ci sembra che questa circostanza di fatto possa indurre l'espositore del Codice a censurare la decisione della Corte. Anche in tal caso troviamo la figura del credito eventuale; eventuale, avuto riguardo all'arbitrio del creditore, e non a quello del debitore. Ma, ritenuta la validità della iscrizione ipotecaria pei crediti eventuali, pei crediti cioè che possono o non possono sorgere, e subordinata la efficacia della iscrizione al nascimento del credito, la dottrina della Corte di Bologna, lo ripetiamo, non pare che sia in opposizione con i principî fondamentali, da cui è retto il sistema ipotecario.

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II § 4207.

B.

Forma dell'atto costitutivo dell'ipoteca convenzionale.

L'ipoteca convenzionale deve costituirsi per atto pubblico o per scrittura privata (art. 1978). « Parve più conforme al sistema legislativo l'ammettere la costituzione dell'ipoteca anche mediante scrittura privata, poichè con questa si può trasferire qualunque diritto reale e la proprietà stessa degli immobili. » È questa la dichiarazione fatta dal Pisanelli, nella *Relazione ministeriale*. Nel sistema del Codice italiano, molti sono gli atti pei quali è richiesta la scrittura *ad solemnitatem;* ma, ad eccezione del contratto di matrimonio e dell'atto di donazione, è data alle parti la scelta fra l'atto pubblico e la scrittura privata. Questo principio fondamentale si trova fermato nell'art. 1314.

Vogliamo richiamare il giudizio dato da Teofilo Huc del sistema accolto dall'articolo 1978 del nostro Codice, in forza del quale l'ipoteca convenzionale si può costituire anche per mezzo di un atto privato. La necessità di un atto pubblico, osserva il giurista francese, è generalmente giustificata da questa considerazione, che riesce opportuno di impedire che le ipoteche siano consentite con leggerezza, e che si ottiene questo risultato quando si richiede l'intervento di un notaio, il quale potrà dare dei chiarimenti al debitore sulle gravi conseguenze dell'ipoteca. Ma noi, continua Teofilo Huc, dubitiamo singolarmente della efficacia del mezzo cui si fa ricorso per raggiungere lo scopo. Ecco perchè non ravvisiamo nessun inconveniente nella innovazione consacrata dal Codice italiano, quando soprattutto si considera che questa innovazione, effettivamente, si trova « réduite à bien peu de chose. » Statuisce l'articolo 1989, che quando l'ipoteca deriva da atto privato, non se ne può ottenere l'iscrizione, se la sottoscrizione di chi l'ha acconsentita, non è autenticata da notaio od accertata giudizialmente (1). L'espositore del Codice italiano ha il dovere di fare un'altra considerazione, in rapporto al principio, che anche dalla scrittura privata può risultare

(1) V. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon,* Parte III, § 12, num. V; Paris, 1868.

l'ipoteca convenzionale. La considerazione è questa, che il legislatore con ottimo consiglio riproduceva il sistema dell'antico Diritto italiano, quando ripudiava il sistema che ci era venuto d'oltralpi. A conferma delle nostre parole, facciamo ricorso all'autorità del Sabelli: « Hypotheca ad hoc ut constituatur in scriptura privata, debet de illa fieri mentio in subscriptione per debitorem, ita ut non sufficiat simpliciter approbare et confirmare quod supra scripturam fuit, quamvis ibi esset facta mentio de hypoteca (1). » Il Codice italiano impone nell'articolo 1989 dianzi richiamato, che la sottoscrizione di chi ha acconsentita l'ipoteca sia autenticata da notaio od accertata giudizialmente; sol quando si è adempita questa formalità si può ottenere la iscrizione dell'ipoteca risultante da atto privato. Nel sistema richiamato dal Sabelli, per la efficacia della ipoteca nascente da atto privato era stabilito questo temperamento, che il debitore alla sua sottoscrizione aggiungesse la espressa menzione dell'ipoteca di cui era parola nel corpo dell'atto. Questo temperamento accolto nel sistema dell'antico Diritto italiano corrisponde a quello seguìto dal Codice, trattandosi di polizza o promessa per iscrittura privata, colla quale una sola delle parti si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di danaro o a darle altra cosa valutata in quantità. In tal caso, statuisce l'art. 1325, la polizza debb'essere scritta per intero di mano di chi la sottoscrive, o per lo meno è necessario che questi alla sua sottoscrizione aggiunga di propria mano un *buono* od *approvato* indicante in lettere per disteso la somma o la quantità della cosa. E noi, in propria sede, abbiamo spiegata la ragione su cui riposa l'ordinamento provvidissimo della legge.

Determinata la ragione su cui riposa la disposizione contenuta nell'art. 1978, e l'abbiamo determinata col riferire ciò che si legge in proposito nella *Relazione ministeriale* del Pisanelli, dobbiamo richiamare alcune quistioni che la giurisprudenza ha esaminate in rapporto alla forma dell'atto da cui risulta l'ipoteca convenzionale.

Prima quistione. — L'ipoteca convenzionale si può costituire per scrittura privata. Ma in tal caso non se ne può ottenere l'iscrizione, se la sottoscrizione di chi l'ha acconsen-

---

(1) V. Sabelli, *Summa diversorum tractatuum*, verb. *Hypotheca*, num. 4; Parmae, 1733.

tita non è autenticata da notaio od accertata giudizialmente (art. 1989). Nella ipotesi che l'autenticazione voluta dalla legge non sia valida, la iscrizione della ipoteca, di fronte ai terzi, deve ritenersi parimente nulla? La Corte di Cassazione di Napoli decideva, che la iscrizione deve giudicarsi nulla; e confortava la sua decisione con un ragionamento irrepugnabile. Appunto perchè a conseguire la efficacia dell'ipoteca occorre iscriverla nei registri, non basta il fatto materiale della iscrizione per imporne la osservanza ai terzi; dappoichè costoro, non che semplice vaghezza di leggerla qualunque sia, hanno interesse d'impugnarla quando non sia conforme alla legge. Diversamente mancherebbe lo scopo delle forme ordinate alla integrità ed efficacia dell'atto, come pure l'applicazione del principio che riconosce nello interesse la misura delle azioni. Indarno si dice mancare la sanzione della nullità nell'art. 1989, nel quale sia da ravvisare piuttosto una norma pel conservatore, che non una forma talmente essenziale da invalidare l'atto ove manchi. Non è certo indispensabile la sanzione per assicurare la osservanza della legge, e per annullare ciò che si sia fatto contro i suoi precetti. Invece è regola di diritto, di cui è scolpito il principio nell'art. 56 Codice di procedura civile, verificarsi ciò appunto dove manchino gli elementi essenziali dell'atto impugnato, come essenziale è certamente da ritenere il consenso alla costituzione della ipoteca, talmente che debba risultare indubitato dalla iscrizione per sè stessa, senza bisogno d'indagini, le quali contraddirebbero allo scopo di pubblicità, cui mira tutto il sistema ipotecario. Che poi il precetto proibitivo della legge non fosse da qualificare come semplice consiglio o norma di cautela al conservatore, oltre il già detto, non è mestieri di molte altre parole a dimostrarlo. Conciossiachè il conservatore non è mandatario nè arbitro delle parti interessate, ed il voler subordinare l'interesse dei terzi alla sua diligenza induce il soverchio così nella responsabilità come nell'arbitrio, di cui si vorrebbe veder circondata la sua funzione. Difatti il conservatore nella specie non avrebbe potuto negarsi alla iscrizione, in vista dell'autentica notarile, la cui forma estrinseca ed apparente bastava all'adempimento officiale impostogli dalla legge, nè egli avrebbe avuto il dovere, come neppure il diritto, di elevare dubbi e quistioni sulle forme adoperate dal notaio, se non convertendo il suo uffizio

in curia giudiziaria, ed intralciandone la funzione in danno delle stesse parti interessate. Ma la mancanza assoluta di autentica, cui dovrebbe soffermarsi il conservatore, non è da confondere con la nullità che le parti abbiano interesse di rilevare. Il quale interesse, nonchè in antitesi col diritto, viene ad esserne validamente sostenuto; dappoichè non v'ha alcuno che non ravvisi nel creditore posteriore il diritto d'impugnare nei modi di legge i gradi che lo precedono (1).

Seconda quistione. — Nell'atto che costituisce l'ipoteca convenzionale è assolutamente necessario l'intervento del creditore, a vantaggio del quale l'ipoteca si costituisce? Si può ritenere che l'accettazione da parte del creditore, oltrechè presunta di regola, risulti dal fatto, come dall'avere iscritta l'ipoteca o dall'essere comparso a farla valere in graduazione? La Corte di Cassazione di Roma giudicava, che non è assolutamente necessario l'intervento del creditore nell'atto costitutivo dell'ipoteca convenzionale; e che il consenso di lui può anche ricavarsi da un fatto ch'egli ha compiuto dopo la manifestazione della volontà del debitore, diretto alla concessione dell'ipoteca. Osservava il Supremo Collegio, che dal combinato disposto degli articoli 1978 e 1989 si trae la necessità della scrittura pubblica o privata *di fronte al solo costituente;* altrimenti non s'intenderebbe il perchè, nel caso di ipoteca derivante da atto privato, la legge siasi contentata dell'autenticazione notarile o dell'accertamento giudiziale della sola sottoscrizione di chi l'ha acconsentita. Infatti, se l'intervento del creditore fosse necessario all'atto di costituzione dell'ipoteca, sarebbe singolare stranezza avere richiesto, in un solo e medesimo atto, come formalità sostanziale, l'autenticazione della firma di uno e non dell'altro dei contraenti. Niente ha poi che fare colla quistione presente ciò che l'articolo 1314 dispone al num. 1, perchè la costituzione dell'ipoteca non è convenzione che trasferisca proprietà di immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, quali sono (art. 1967) l'usufrutto degli immobili, i diritti del concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici, le rendite sopra lo Stato; laonde il relativo atto deve ritenersi invece compreso nelle disposizioni generali del numero 8 di detto articolo. Nem-

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza del 14 aprile 1885; nel *Foro italiano,* anno 1885, parte I, pag. 403.

meno giova ricorrere alla definizione della *convenzione:* « duorum pluriumve in idem placitum consensus; » perchè *conventionis nomen generale est,* per modo che non v' è contratto nè obbligazione *quae non habeat in se conventionem* (L. 1, D. *de pactis*): quindi si chiama ed è contratto anche la convenzione unilaterale (art. 1098, 1099, 1100 Cod. civile), senzachè si esiga per la sua validità un atto di consenso espresso da parte del contraente non obbligato (1).

Terza quistione. — Indubbiamente l' ipoteca convenzionale può costituirsi mediante cambiale. Fermato questo principio, allorchè si trasmette la proprietà della cambiale, mediante girata, si trasmette con essa eziandio l'ipoteca che ne garantisce il pagamento? La Corte di Cassazione di Torino riconosceva espressamente la teoria, che la girata di una cambiale, garantita da ipoteca, importa anche la cessione della ipoteca stessa, senza bisogno di espressa menzione al riguardo (2).

Non dobbiamo però tacere, che su questo punto, sulla cattedra e nella giureprudenza, tanto in Francia che in Italia, vi è grave discordanza. Il Bolaffio, in una pregevolissima nota alla sentenza del Supremo Collegio di Torino (pubblicata nel *Foro italiano*), espone dapprima le obiezioni che si fanno alla dottrina accolta dalla Corte, e poi ne dimostra la insussistenza. Crediamo opportuno di riferire le parti culminanti della mentovata annotazione.

Le ragioni che si adducono per combattere la trasmissione della ipoteca mediante la girata della cambiale, son queste:

1.° La girata trasmette i diritti personali e mobiliari, che derivano naturalmente e necessariamente dal contratto di cambio; non può quindi estendersi ai diritti reali ed immobiliari, che scaturiscono dalla concessione della ipoteca; la quale, sebbene stipulata a lato della lettera di cambio, non può considerarsene un accessorio, della identica natura, la cui trasmissione sia conseguenza della cessione della obbligazione

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 7 dicembre 1885; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1886, parte I, pag. 26.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 7 settembre 1883; nel *Foro italiano,* anno 1884, parte I, pag. 478.

principale, se tale cessione si attua con la forma speciale della girata (1).

2.° Fra le condizioni essenziali per l'esistenza dei diritti ipotecari, vi è la conoscenza pubblica del vero proprietario del credito, col suo nome, cognome, domicilio o residenza (art. 1987, num. 1, Cod. civ.); ora, la trasmissione della ipoteca, con la girata della cambiale, porterebbe seco una perturbazione completa nella economia del sistema ipotecario, giacchè la mancanza di pubblicità delle diverse girate, e quindi delle diverse surroghe ipotecarie, renderebbe impossibile la purgazione totale o parziale del fondo che volesse operare il terzo acquirente, non potendo conoscere il vero creditore (2).

3.° Se con la girata della cambiale non si eseguisse la surroga dell'iscrizione ipotecaria, in base ad un atto speciale munito delle formalità necessarie per ottenere dall'ufficio delle ipoteche la regolare iscrizione (art. 1978 e 1989 Cod. civ.), evidentemente chi continua a figurare quale creditore ipotecario nei pubblici libri potrebbe sempre togliere all'attuale giratario la garanzia ipotecaria, facendo cancellare l'iscrizione (art. 2029, num. 3).

4.° Infine, non è a dimenticarsi che la cambiale, per l'indole sua rigorosamente formale, deve contenere in sè tutte le ragioni e condizioni della propria esistenza giuridica, nè potrebbe quindi il giratario acquistare diritti che non apparissero dal titolo; e sarebbe anzi singolare che il giratario, ignorando l'esistenza della ipoteca, ne acquistasse il diritto senza saper di acquistarlo, e quindi senza che la sua volontà sia a ciò concorsa (3).

A queste obiezioni così risponde il Bolaffio:

1.° È norma generale di diritto comune, che l'accessorio segue il principale; norma applicata dall'articolo 1541 alla vendita o cessione di un credito, col dichiarare che tale cessione « comprende gli accessori del credito stesso, come sarebbero le cauzioni, i privilegi e le ipoteche. »

---

(1) V. Massé, *Droit commercial,* num. 2996; Paris, 1844.

(2) V. Dalloz, *Répert.* verb. *Effets de commerce*, num. 373.

(3) V. Vidari, *Cambiale ed ipoteca*, nella *Rassegna di Diritto commerciale;* I, 57.

2.° Niun testo di legge vieta la speciale trasmissione di una ipoteca a mezzo di girata; ed anzi l'articolo 256 del Codice di commercio dichiara, che la girata trasferisce la proprietà della cambiale, *e tutti i diritti a questa inerenti.*

3.° Non è possibile concepire l'ipoteca separata dal credito, di cui è un semplice accessorio, e per conseguenza non s'intenderebbe come il creditore, a cui l'ipoteca fu concessa, potesse esercitare un diritto ipotecario per un credito, di cui si è spogliato con la girata, e al cui pagamento esso è tenuto solidariamente.

4.° Per quanto riflette la difficoltà della purgazione delle ipoteche o del pagamento di debiti ipotecari, per non essere conosciuto il terzo possessore del titolo, questa difficoltà non è seria, perchè l'acquirente che vuol purgare il fondo, non è obbligato che a notificare al creditore, il quale apparisce nei libri ipotecari, e nel domicilio eletto indicato nella nota d'iscrizione (art. 2043, Cod. civ.); spetta ai giratari uniformarsi alle regole fondamentali del regime ipotecario, se vogliono conseguirne i beneficî; e quindi spetta ad essi di attuare quelle formalità, per cui il diritto d'ipoteca, che, virtualmente, è concesso ad essi con la *sola girata* della cambiale, si concreti e divenga valido *erga omnes* con la iscrizione.

5.° Poco importa che la garantia ipotecaria non risulti dal titolo girato. È il caso di ricordare il principio: *Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet* (L. 6, D. *de hered. vel action. vendita*); formulato in legge all'articolo 1541 del Codice civile. Chi cede il credito, cede necessariamente la garanzia ipotecaria che lo sorregge. Non è dunque alla scienza del contraente di acquistare col credito l'accennata garanzia che ha da aversi riguardo; ma alla circostanza che, considerato obbiettivamente il contratto di cessione, questo si estende e al principale e all'accessorio, e occorrerebbe la volontà contraria dei contraenti per restringerne la portata all'obbligazione principale.

Noi non dubitiamo di accettare nella sua interezza questa dottrina, che oramai può affermarsi prevalente presso le Corti italiane. Non può addursi, ricavandola dal Codice civile o dal Codice di commercio, nessuna disposizione che sia d'ostacolo all'accoglimento della medesima. A prima fronte, la teoria cui faceva plauso il Supremo Collegio di Torino,

sembra abbastanza ardita; ma, dopo matura ponderazione, dopo il ricordo dei dettami più incontrastabili del diritto, nessuno potrà negare alla stessa il suo suffragio.

C.

Designazioni richieste nell'atto costitutivo dell'ipoteca.

Nell'atto costitutivo dell'ipoteca l'immobile da sottoporvisi deve essere specificatamente designato colla indicazione della sua natura, del comune in cui si trova, del numero del catasto o delle mappe censuarie (1) dove esistono, e di tre almeno dei suoi confini (art. 1979). Questo articolo è uno dei più importanti del titolo delle ipoteche; esso fa della specialità una condizione essenziale per la costituzione dell'ipoteca. L'atto che costituisce l'ipoteca deve indicare con precisione l'immobile da sottoporvisi, affinchè queste indicazioni siano ripetute nella iscrizione. Così, al dire del Troplong, la specialità prepara la iscrizione, e la iscrizione assicura la pubblicità (2). Tre ragioni, osserva il Mourlon, hanno consigliato l'autore della legge a stabilire il principio della specialità delle ipoteche. In primo luogo, se l'ipoteca generale fosse stata permessa, sarebbe stata con frequenza concessa dai debitori, che quasi sempre subiscono la legge imposta dai creditori, di guisa che un solo mutuo avrebbe rovinato il credito del debitore. La specialità favorisce dunque il credito dei debitori, e per conseguenza il credito pubblico. In secondo luogo, colla interdizione delle ipoteche generali, la legge ha voluto impedire il cumulo di molte ipoteche sullo stesso immobile;

---

(1) *Mappa* è denominazione generale d'ogni disegno di superficie o di alzato. *Mappa catastale* è quella che comprende il territorio di un Comune, coll'indicazione della superficie di singole pezze, campi ecc. V. Scarabelli, *Vocabolario universale della lingua italiana*, Vol. V, verb. *Mappa* (Milano, 1878). Il Rigutini ed il Fanfani (*Vocabolario italiano della lingua parlata*, verb. *Mappa*; Firenze 1883) così spiegano la voce *Mappa*: « Carta geografica o topografica; ma più specialmente ora si usa per quella carta, dove sono disegnate, co' loro confini, le possessioni private, o piccole porzioni di territorio. »

(2) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, num. 513.

quanto è maggiore il numero dei creditori in conflitto, più gli *ordini* sono difficili e rovinosi. Da ultimo, la specialità favorisce la pubblicità della ipoteca; essa è anche uno degli elementi di questa pubblicità (1).

Con precisione maggiore sono stati designati dal Baudry-Lacantinerie i vantaggi che derivano dal principio della specialità delle ipoteche. Noi vogliamo sviluppare i concetti accennati dal valoroso scrittore, e, in questa opera, saremo costretti di necessità a ripetere qualche idea dianzi enunciata. Anche il Codice francese (art. 2129), trattandosi di ipoteca convenzionale, stabilisce il principio della specialità. Osserva a questo proposito il Baudry-Lacantinerie: la legge vuole che il contratto ipotecario sia concepito in modo da render possibile la esatta estimazione della breccia che la costituzione dell' ipoteca apre nel credito ipotecario del debitore (2). La generalità delle ipoteche presenta dei gravissimi inconvenienti, avuto riguardo non solo agli interessi del debitore, ma eziandio a quelli dei creditori e della società.

In primo luogo, richiedendo la specialità dell'ipoteca, la legge ha tenuto conto dell' interesse del debitore. Senza il provvido ordinamento della legge (e l'esperienza di ciò che si avverava in altri tempi lo attesta), il debitore con leggerezza avrebbe concessa la ipoteca sulla generalità dei suoi beni, a guarentigia del primo debito da lui contratto, e così si sarebbe privato per fatto proprio della libera disposizione dell' intero patrimonio. *Mentre che la speranza ha fior del verde,* e questo si avvera quasi sempre, il debitore si augura di potere subito liberarsi dai vincoli dell'obbligazione, ed è facile a promettere come non si mostra restio ad estendere le guarentige a favore del creditore. Il sistema della legge, come abbiamo avvertito, si propone di evitare i danni che potrebbero nascere da questa leggerezza del debitore. Il quale, se facilmente concederebbe ipoteca su tutti i suoi beni, complessivamente considerati, non sarà corrivo a concedere una speciale ipoteca su ciascuno di questi beni. La precisa enumerazione dei medesimi, voluta dalla legge, richiamerà l'at-

(1) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, sull' art. 2129 del Codice francese.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, num. 1292; Paris, 1892.

tenzione del debitore, sulla importanza della concessione e sul grave pregiudizio che a lui ne può derivare.

La specialità dell'ipoteca, in secondo luogo, è stabilita nell'interesse dei creditori. Col sistema delle ipoteche generali, il giudizio di graduazione sarebbe stato molto complicato, e le spese sarebbero state gravissime, a causa del concorso sugli stessi beni di un gran numero di creditori. Col sistema della specialità delle ipoteche si evita in parte questo inconveniente. La specialità delle ipoteche ha ordinariamente per risultato di assegnare a ciascun creditore un pegno distinto a guarentigia del soddisfacimento di ciò che gli è dovuto. Ciascun creditore guadagna in certezza ciò che perde in estensione.

Da ultimo, l'interesse della società si giova dell'ordinamento accolto dalla legge. Se per avventura il Codice avesse fatto buon viso al principio della generalità delle ipoteche, il patrimonio immobiliare in breve tempo sarebbe stato colpito da una specie di immobilità, a causa dei pesi ipotecari che sul medesimo sarebbero stati imposti.

L'articolo 1979 determina le indicazioni richieste nell'atto costitutivo dell'ipoteca. L'articolo 1987 determina le indicazioni che debbono contenere le note da presentarsi al conservatore, perchè proceda all'iscrizione dell'ipoteca. Troviamo poi l'articolo 1998, dove è statuito che l'ommissione o l'inesattezza d'alcuna delle volute indicazioni nel titolo costitutivo dell'ipoteca o nelle due note, non producono la nullità dell'iscrizione, fuorchè nel caso in cui inducano assoluta incertezza sulla persona del creditore o del debitore, o su quella del possessore del fondo gravato quando ne è necessaria l'indicazione, o sulla identità dei singoli beni gravati, o sull'importare del credito. In caso d'altre ommissioni od inesattezze, se ne può ordinare la rettificazione ad istanza e a spese della parte interessata.

La Corte di Cassazione di Firenze ritenne che, quando gli immobili sono specificatamente indicati nella nota d'iscrizione, non deriva nullità dalla mancanza di specializzazione nel solo titolo costitutivo, purchè tale mancanza non induca assoluta incertezza sulla identità dei beni. « La ragione della legge, a cui principalmente devesi riguardare, non ammette dubbio. Essa, negli art. 1979 e 1987, tracciò le norme colle quali debbonsi indicare gli immobili, sia nel

titolo costitutivo, sia nelle note ipotecarie; ma, aliena dal sancire nullità senza scopo, dichiarò non avere altro in mira che di impedire l'incertezza assoluta sulla identità dei fondi gravati. Volle insomma provvedere che i terzi non solo possano, per mezzo della iscrizione, aver notizia delle ipoteche imposte sui singoli fondi, ma che siano anche in grado di conoscere se le iscrizioni prese in forza d'ipoteca convenzionale abbiano fondamento legittimo nel consenso del debitore, risultante dal titolo costitutivo: ossia, se gli immobili indicati nella iscrizione siano i medesimi che vennero dal debitore assegnati in ipoteca. Ora, perchè questo scopo della legge sia raggiunto, è senza dubbio necessario che la iscrizione contenga sempre sufficienti indicazioni speciali dei fondi, non così però il titolo costitutivo, il quale, non servendo che di confronto per conoscere se l'iscrizione sia conforme al patto d'ipoteca, può bene spesso compiere tale suo ufficio, anche non contenendo veruna indicazione esplicita, purchè il genere dei beni a cui si riferisce non sia talmente indeterminato da rendere assolutamente incerta la loro identità con quelli distintamente designati nella iscrizione, come nel caso in cui il debitore costituisse ipoteca sopra alcuni dei fondi che gli appartengono, senza determinare quali di essi; non potendo l'incertezza derivante da tale mancanza di determinazione venir dissipata dalla sola iscrizione, quantunque regolarmente fatta. Se invece l'ipoteca venne costituita su tutti gli immobili del debitore, niuno eccettuato, si ha in tal caso una indicazione generica, ma non indeterminata, e l'indicazione speciale, che di tali immobili si faccia quindi nella iscrizione, può d'ordinario bastare ad escludere qualunque incertezza sull'identità degli uni cogli altri (1). »

Questa teoria, accolta dal Supremo Collegio di Firenze, è a buon diritto respinta dagli espositori del Codice. L'articolo 1998, il cui testo abbiamo superiormente riferito, commina la nullità, nel caso di ommissioni o di inesattezze della natura di quelle designate dallo stesso articolo, e quando esse si avverano nelle note, e quando si avverano nel titolo costitutivo dell'ipoteca. Il precetto della legge si trova sancito in termini chiarissimi; e l'interprete non può ribellarsi

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 27 luglio 1876; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1876, parte I, pag. 434.

alla volontà del legislatore. D'altra parte, coll'ordinamento della specialità delle ipoteche, il Codice non si è limitato ad impedire l'assoluta incertezza sui beni gravati d'ipoteca; imperciocchè, anche quando si ammettevano le ipoteche generali, se il debitore sottoponeva ad ipoteca tutti i suoi stabili, non vi era assoluta incertezza sui beni colpiti dal diritto reale. Coll'ordinamento della specialità delle ipoteche, il Codice, come ben dice il Ricci, ha voluto rendere *intuitiva* la certezza dei beni gravati dall'ipoteca. Ed è anche più felice la frase del Borsari; il Codice, egli osserva, non ha voluto costringere i terzi a *fare un lavoro di sindacato estraneo alle sorgenti ipotecarie*. In qual modo si può affermare che la specialità riguarda soltanto le note, di fronte alla formola dell'articolo 1979, che nell'atto costitutivo dell'ipoteca l'immobile da sottoporvisi deve essere *specificatamente* designato, colle indicazioni nell'articolo stesso enunciate? Accettando la teoria della Cassazione toscana, quale sarebbe la importanza di questo articolo nel sistema ipotecario del Codice vigente? Ben è vero che può avverarsi il caso, che non sia da pronunziarsi nullità perchè mancano o sono inesatte *alcune* indicazioni; ma questa regola è stabilita nell'art. 1998, tanto per le note che per l'atto costitutivo dell'ipoteca. La cosa procede diversamente quando mancano *tutte* le indicazioni volute dalla legge; allora deve pronunziarsi la nullità, e quando tale mancanza si ravvisa nelle note, e quando si ravvisa nell'atto costitutivo, di cui è parola nell'art. 1979 del Codice (1).

D.

Perdita o deterioramento dei beni sottoposti all'ipoteca.

Qualora i beni sottoposti all'ipoteca perissero, o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi ha diritto ad un supplemento d'ipoteca e in mancanza al pagamento del suo credito (articolo 1980). Nell'interpretazione di questo articolo si deve pro-

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano*, Vol. IV, parte II, § 4211.—Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, num. 195.—Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 167.

cedere con equità. Bisogna guardarsi dal dare facile ascolto alle doglianze del creditore: costui allora soltanto può domandare un supplemento d'ipoteca, e in mancanza il pagamento del credito, quando, a cagione della perdita o del deterioramento, i beni sono divenuti *insufficienti* a garantirlo. L'art. 1176 statuisce, che il debitore non può più reclamare il benefizio del termine, se *per fatto proprio* ha diminuito le cautele date al creditore. L'articolo 1980 suppone, prevedendo il caso del perimento o del deterioramento dei beni sottoposti all'ipoteca, che nessuna colpa si possa imputare al debitore. Giusta i principî rigorosi, il danno derivante dall'una o dall'altra causa dovrebbe colpire e il diritto di dominio del debitore e il diritto di ipoteca del creditore. Ma l'autore della legge, avuto riguardo alla presunta intenzione delle parti, deroga ai principî rigorosi. Non concede assolutamente al creditore il diritto di domandare il pagamento del credito, come si avvera nella ipotesi preveduta dall'articolo 1176, quando vi è colpa da parte del debitore; ma subordina questo diritto alla mancanza di un supplemento di ipoteca che il debitore ha facoltà di offrire. E, ripetiamo l'osservazione dianzi fatta, il creditore soltanto nel caso che i beni rimasti o deteriorati sono *insufficienti* alla guarentigia del suo credito, può invocare la disposizione sancita nell'articolo 1980. Se, per esorbitanza dell'ipoteca originariamente costituita, i beni rimasti o deteriorati sono tuttora sufficienti alla sicurezza del creditore, questi non ha reale interesse per esigere il supplemento, e attesa l'esorbitanza dell'ipoteca originaria può anche escludersi non irragionevolmente l'intenzione delle parti, di esigere e di dare il supplemento; mentre anzi deve ritenersi che l' eccesso fosse stato richiesto e conceduto in vista appunto del possibile perimento o deterioramento dei beni ipotecati (1). In rapporto all' art. 1980, vuolsi pure osservare, che il supplemento si deve prestare dal debitore nei limiti della guarentigia accettata primitivamente dal creditore. Ad esempio, il credito ha un valore di 10,000 lire, ma il creditore limitò la sua guarentigia ipotecaria ad un fondo del valore di 5,000 lire. Se, in sèguito, si avvera il perimento di questo fondo, il creditore ha diritto

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 168. — Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. XXX, num. 520.

di chiedere in supplemento un' ipoteca che gli presenti la guarentigia di 5,000 lire, non può pretendere un'ipoteca per una somma maggiore, che risponda all'importare del suo credito (1). L'articolo 1980 riposa sulla presunta volontà delle parti, del creditore e del debitore; ora la presunzione non può ribellarsi alla volontà chiaramente manifestata al tempo della costituzione dell' ipoteca. La disposizione racchiusa nell'articolo 1980 del Codice non potrebbe trovare la sua applicazione nel caso in cui il deterioramento dell'immobile sia conseguenza di atti di godimento, esercitati dal proprietario regolarmente, avuto riguardo alla natura speciale dell'immobile sottoposto alla ipoteca. Ad esempio (ci gioviamo dell'esempio addotto dal Baudry-Lacantinerie), il fondo a carico del quale è stabilita l'ipoteca è un bosco ceduo. Il debitore procede ai tagli, giusta la distribuzione dei medesimi o la pratica costante dei proprietari. In tal caso, sarebbe strano che il creditore ipotecario potesse domandare un supplemento d'ipoteca o in mancanza il pagamento del suo credito (2). Un' ultima osservazione dobbiamo fare circa l'art. 1980; essa ci è consigliata da una sentenza della Corte di appello di Genova. Perchè il creditore abbia diritto ad un supplemento d'ipoteca, è necessario che si avveri un deterioramento materiale nei beni sottoposti ad ipoteca; la disposizione della legge non è applicabile, trattandosi di un deprezzamento dipendente da cause estrinseche (3). Ad esempio, in conseguenza di una crisi edilizia o di una crisi agraria, i beni sottoposti alla ipoteca hanno perduta una parte del valore che avevano al tempo della costituzione del diritto reale. È chiaro che, in tal caso, il creditore non potrebbe far ricorso all' art. 1980, per domandare un supplemento d'ipoteca, e in mancanza il pagamento del suo credito. Trattasi, nell'esempio addotto, di un avvenimento generale, che colpisce tutti i beni situati in una determinata città, o in una determinata regione. Anche il creditore ipotecario deve sottostare alle conseguenze che ne derivano. È il caso di ricordare al creditore la nota sentenza: *mal comune,*

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, num. 197.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 1305; Paris, 1892.

(3) Corte di appello di Genova; sentenza dei 23 marzo 1886; nell'*Eco di giurisprudenza*, anno 1886, pag. 161.

mezzo gaudio. Sentenza, la quale riassume il concetto espresso nei versi del poeta latino: « Dulce moerenti populus dolentium. Ferre, quam sortem patiuntur omnes, Nemo recusat. »

172. Della pubblicità delle ipoteche.

Bibliografia.—1.° Gribneri, *De incommodis hypothecarum tacitarum* (Lipsiae, 1731); — 2.° Cherubini, *Sul modo di eseguire le inscrizioni ipotecarie e le trascrizioni* (Bologna, 1863); — 3.° Pietra, *Formulario per le iscrizioni e raffronti colle legislazioni prima vigenti in Italia* (Casale, 1867).

La teoria racchiusa nella presente sezione del Codice è della massima importanza. Il nostro legislatore si è informato, nello stabilimento della medesima, ai principî generali fermati precedentemente; a quei principî dai quali, con non sano consiglio, in maggiore o minor misura, si erano allontanate le legislazioni che preesistevano nelle diverse regioni in cui l'Italia era divisa. I compilatori del nostro Codice, come si è avverato per altri istituti del diritto civile, hanno fatto tesoro delle censure mosse al Codice francese, promulgato agli inizi di questo secolo, dai più valorosi espositori del medesimo. E si sono pure giovati degli ordinamenti legislativi emanati in altre regioni di Europa. Con queste parole certamente non vogliamo ritrattare la dichiarazione fatta precedentemente. Si comprende benissimo (e ciò si avvera specialmente nell'età moderna), che l'autore della legge ha insieme il diritto e il dovere di tener conto degli insegnamenti della dottrina e del progresso degli istituti, quale risulta dal sistema delle legislazioni straniere.

I.

Della iscrizione.

La sezione del Codice, *Della pubblicità delle ipoteche*, determina, in due distinti paragrafi, in primo luogo le norme circa la *iscrizione* dell'ipoteca, in secondo luogo le norme circa la *rinnovazione* della medesima. Conformandoci al-

l'ordinamento del Codice noi esamineremo dapprima gli articoli che risguardano la *iscrizione*, raggruppandoli sotto numeri separati, perchè lo svolgimento di essi riesca più chiaro e preciso. Qui giova osservare, che l'art. 1993 rimanda alle leggi commerciali il regolamento sulla validità e sulla efficacia delle ipoteche e delle iscrizioni sui beni di un debitore fallito. Giusta l'art. 709 del vigente Codice di commercio, le ipoteche costituite sui beni del debitore si presumono fatte in frode dei creditori, e in mancanza della prova contraria sono annullate rispetto alla massa dei creditori, qualora siano avvenute posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti. Il successivo art. 710 statuisce che le inscrizioni ipotecarie prese in virtù di un titolo riconosciuto valido non sono comprese nella disposizione dianzi riferita, purchè siano anteriori alla sentenza dichiarativa del fallimento. Svolgendo la teoria dell'ipoteca giudiziale ci siamo arrestati su questi due articoli del Codice di commercio, e non crediamo che sia necessario, nei rapporti del Diritto civile, un esame più ampio dei medesimi.

1.°

Concetto generale della iscrizione.

L'ipoteca si rende pubblica mediante iscrizione nell'uffizio delle ipoteche del luogo in cui si trovano i beni gravati (art. 1981). Si è veduto superiormente, che l'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica (art. 1965). Veicolo della pubblicità è appunto l'*iscrizione* della medesima; iscrizione la quale, come statuisce il Codice, deve eseguirsi nell'uffizio delle ipoteche del luogo in cui si trovano i beni gravati. Quindi, se i beni sottoposti ad ipoteca sono disseminati in territori che dipendono da uffizi diversi, è chiaro che in ciascun uffizio deve eseguirsi l'iscrizione relativamente ai beni situati nel perimetro di esso. Giusta il Decreto dei 24 agosto 1862, un uffizio delle ipoteche è stabilito presso la sede di ogni tribunale. Nondimeno, se una iscrizione ipotecaria sia stata presa e rinnovata in un uffizio, da cui nella sua assunzione i beni colpiti non dipendevano, ma per mutazione di circoscrizioni cominciarono a dipenderne in sèguito, l'i-

scrizione stessa diventa efficace dal momento di quella rinnovazione, che è succeduta dopo il trapasso dei beni sotto l'ufficio. In questo caso, osservò la Corte di appello di Bologna, ritenendo valida l'iscrizione dal momento della sua rinnovazione non può dirsi che l'ordinamento legislativo sia violato. « Se la rinnovazione ha bisogno di unirsi a precedenti iscrizioni valide, quando si tratti di voler conservare il primitivo grado, agli altri effetti, se in sè contenga tutte le indicazioni che rendono perfetta la pubblicità, non può non valere come iscrizione nuova, e dal suo momento operativa, nello stesso modo che se fosse a dirittura stata presa come nuova iscrizione senza menzione di rinnovazione, per non cadere altrimenti nel formalismo il più invido ed irrazionale (1). »

Un espositore del Codice, il Borsari, definisce la iscrizione ipotecaria: « lo specchio delle passività prodotte dall'uso del credito fondiario, senza smembramento della proprietà. » E poco dopo avverte: « L'iscrizione non è scorta sicura se non è preceduta dalla trascrizione. La trascrizione è l'atto di origine dell'acquisto; quindi tutte le ipoteche successive concesse dal proprietario si reggono a quel perno; perfetto non essendo l'acquisto della proprietà, rimane senza applicazione il principio *prior in tempore* etc.; poichè i creditori ipotecari dell'acquirente, benchè anteriormente iscritti, non potrebbero superare quelli del venditore se la pubblicazione non fosse cominciata dall'acquisto medesimo (2). » Evidentemente questo concetto non si può accettare. Dire che la iscrizione suppone di necessità la trascrizione del titolo di acquisto da parte del proprietario, è qualche cosa che non si può conciliare coll'ordinamento del Codice in tema di trascrizione. Forse i trasferimenti a causa di morte si debbono trascrivere? E se il proprietario ha acquistato il dominio del fondo in conseguenza della prescrizione? Adunque l'espositore del Codice non enuncia un concetto esatto, quando dice che « la trascrizione è l'atto di origine dell'acquisto. » Nell'opera del

---

(1) Corte di appello di Bologna; sentenza dei 31 dicembre 1878; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1879, parte III, pagina 332.

(2) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano*, Vol. IV, parte II, § 4213.

Borsari vi è molto di cui si può far tesoro (*erat quod tollere velles*, dice Orazio accennando ai versi di Lucilio, sebbene il poeta *flueret lutulentus*); ma alcune volte, accettandosi ciò che egli espone, si corre il rischio di attribuire al legislatore un sistema perfettamente opposto a quello che ha voluto stabilire!

Avuto riguardo al sistema del Codice, tutte le ipoteche debbono iscriversi perchè siano efficaci. La mancanza di iscrizione può essere opposta dai terzi, semprechè, nello iscrivere la loro ipoteca, conoscevano la ipoteca che spettava ad altro creditore? Il Ricci risponde negativamente: « L'iscrizione dell'ipoteca ha l'effetto di portarla a conoscenza dei terzi, quindi se essa è necessaria per coloro che ignorano il diritto di ipoteca già esistente, non lo è punto per quelli che ne hanno acquistata conoscenza; costoro pertanto non sono ammessi a far valere il difetto d'iscrizione (1). » Il Pacifici-Mazzoni distingue fra il terzo che conosce soltanto l'esistenza di una precedente ipoteca, e il terzo che iscrive la sua posteriore ipoteca nello scopo di frodare il creditore avente ipoteca anteriore non iscritta. « Se tu mi concedi un'ipoteca, dichiarandomi le iscrizioni gravitanti sull'immobile ipotecato nel giorno in cui stipulammo la convenzione, potrò impugnare di nullità l'iscrizione presa da un terzo prima che io la mia, ove consti che la precedenza di lui sia stata l'effetto di un maneggio frodolento tra esso e te (2). » Noi non possiamo accettare nè la prima nè la seconda dottrina. In qualunque caso, il terzo può opporre la mancanza di iscrizione della ipoteca. Come abbiamo osservato, svolgendo la teoria della trascrizione, tutto l'ordinamento della legge resterebbe vulnerato se, contravvenendosi dagli interessati alle prescrizioni circa la *pubblicità*, e in tema di trascrizione, e in tema di iscrizione, fosse consentito al magistrato di stabilire delle indagini circa la buona o la mala fede di coloro che son tenuti a rispettare soltanto i trasferimenti ed i vincoli che risultano dai registri ipotecari. La massima, *fraus omnia corrumpit*, in questa materia non può ricevere applicazione; tale

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, numero 199.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 174.

risoluzione, lo ripetiamo, è imposta dal sistema della legge, che non è immorale. Sempreché il Codice stabilisce, per ragioni di interesse pubblico e privato, delle formalità speciali, coll' osservanza delle quali il diritto è pienamente garantito *adversus omnes*, non deve essere lecito di pretendere il rispetto di quel diritto, quando il precetto della legge non è stato adempito.

2.°

Iscrizione delle ipoteche legali spettanti alla moglie, ai minori ed agli interdetti.

Nel sistema del Codice francese stabilivasi la efficacia della ipoteca legale concessa ai minori, agli interdetti ed alle donne maritate, indipendentemente dalla osservanza della formalità della iscrizione. Osserva in proposito il Baudry-Lacantinerie: « Questo favore è fondato sulla impossibilità in cui si trovano gli incapaci, cui è data l' ipoteca legale, di farla iscrivere di propria iniziativa. Vi è impossibilità fisica pel minore di tenera età e per l'interdetto; impossibilità morale pel minore che ha raggiunta l' età del discernimento e per la donna maritata, a causa del loro stato di dipendenza e di subordinazione in rapporto al tutore o al marito, ai quali temerebbero di dare una testimonianza di diffidenza facendo eseguire l' iscrizione. In queste condizioni il legislatore ha considerato, a torto od a ragione, la dispensa dall'iscrizione come il complemento necessario della ipoteca legale; *une faveur en a entraîné une autre.* Su questo punto tali non erano le idee del legislatore dell'anno VII. Esso avea sottoposte all'obbligo della iscrizione anche le ipoteche dei minori, degli interdetti e delle donne maritate; alcune persone erano incaricate, sotto la loro risponsabilità personale, di fare eseguire l'iscrizione per conto degli incapaci (1). » I redattori del Codice italiano hanno appunto seguìto il sistema della legislazione francese dell' anno VII. Come vedremo di qui a poco, richiamando gli ordinamenti del Codice, una serie di persone

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 1329; Paris, 1892.

è chiamata ad assolvere il dovere della iscrizione; e poi vi sono altre persone, che il Codice determina, cui si concede facoltà di chiedere la iscrizione. Il legislatore italiano con questo provvido ordinamento ha benissimo armonizzato il presidio dovuto alle persone più o meno incapaci, col rispetto che era pure dovuto al principio della pubblicità ipotecaria.

Prima di riferire il testo dei tre articoli del Codice, circa la iscrizione delle ipoteche legali che competono alla moglie, ai minori ed agli interdetti, è opportuno l'osservare che tutti coloro che hanno diritto ad un' ipoteca, sia legale, sia giudiziale, sia convenzionale, hanno facoltà di richiedere la iscrizione della medesima. Anche colui che non ha la capacità di costituire un'ipoteca, ha la facoltà di prendere la iscrizione di essa, poi ch'è stata costituita nei modi voluti dalla legge. Il Codice applica questo principio in rapporto alle ipoteche legali della moglie, dei minori e degli interdetti, ma la ragione su cui riposano le disposizioni della legge è di ordine generale. Tali disposizioni si debbono estendere ad ogni specie d'ipoteca. La iscrizione è un provvedimento conservativo; in rapporto alla medesima, non si può parlare di capacità o d'incapacità dei richiedenti, per riconoscere o disconoscere il diritto di domandare al conservatore l'esecuzione di ciò che il Codice statuisce intorno al modo di rendere l'ipoteca efficace *adversus omnes*.

Premesse queste considerazioni generali, riferiamo il testo degli articoli del Codice, che hanno per oggetto l' iscrizione della ipoteca legale che compete alla moglie sui beni del marito (art. 1969, num. 4.°), e quella della ipoteca legale che compete ai minori ed agli interdetti sui beni del tutore (art. 1969, num. 3.°): L'ipoteca legale spettante alla moglie deve per cura del marito e del notaio che ha ricevuto l'atto di costituzione della dote, essere iscritta nel termine di venti giorni dalla data dell'atto. Quando l'ipoteca non sia stata ristretta a determinati beni, il notaio deve far dichiarare dal marito la situazione dei beni da lui posseduti, colle indicazioni espresse nell'articolo 1979 (cioè a dire, indicazione della loro natura, del comune in cui si trovano, dei numeri del catasto o delle mappe censuarie dove esistono e di tre almeno dei loro confini). L'iscrizione dell'ipoteca legale spettante alla moglie può in ogni caso essere richiesta da chi ha costituito la dote, ed anche dalla moglie senza bisogno di autorizza-

zione (art. 1982). L'ipoteca legale spettante ai minori ed agli interdetti deve essere iscritta nel termine di venti giorni dalla deliberazione del consiglio di famiglia accennata negli articoli 292 e 293, per cura del tutore, del protutore e del cancelliere che ha assistito alla deliberazione medesima. L'iscrizione può anche essere richiesta dal minore o dall'interdetto senza bisogno di assistenza o di autorizzazione, come pure dai loro parenti (art. 1983). Le persone obbligate a prendere l'iscrizione delle ipoteche legali secondo i due articoli precedenti, se non adempiono a tale obbligo nel termine stabilito, sono tenute al risarcimento dei danni, ed incorrono in una multa estendibile a lire mille. Inoltre il tutore e protutore possono essere rimossi dalla tutela o protutela. Il procuratore del re veglierà all'esecuzione delle cennate disposizioni, promuovendo, ove ne sia il caso, l'applicazione delle pene stabilite, e può anche all'uopo richiedere l'iscrizione delle menzionate ipoteche (art. 1984).

Anche la ipoteca legale che spetta alla moglie sui beni del marito, anche la ipoteca legale che spetta ai minori ed agli interdetti sui beni del tutore, sono sottoposte all'impero della regola generale, che subordina l'efficacia dell'ipoteca all'adempimento della formalità della iscrizione. Ma, tenuto conto delle speciali condizioni in cui si trovano le persone a vantaggio delle quali la legge concede l'ipoteca, richiedevasi un ordinamento anche speciale per la osservanza della formalità della iscrizione. Come si trae dal testo chiarissimo del Codice, in rapporto alle ipoteche dianzi accennate, vi sono delle persone che hanno il *dovere*, e delle persone che hanno la *facoltà* di prendere iscrizione.

Trattandosi della ipoteca legale spettante alla moglie sui beni del marito, tanto il marito che il notaio che ha ricevuto l'atto di costituzione della dote hanno il *dovere* di prendere iscrizione; invece colui che ha costituito la dote, la moglie senza bisogno di autorizzazione, il procuratore del re hanno la *facoltà* di richiedere la iscrizione. Trattandosi della ipoteca legale spettante ai minori ed agli interdetti sui beni del tutore, il *dovere* di prendere iscrizione incombe al tutore, al protutore ed al cancelliere che ha assistito alla deliberazione dell'assemblea familiare; hanno poi *facoltà* di richiedere la iscrizione il minore e l'interdetto senza bisogno di assistenza o di autorizzazione, i parenti del minore o dell'interdetto, il

procuratore del re. Il precetto di prendere iscrizione trova nel Codice stesso delle sanzioni severe; l'autore della legge si è proposto il lodevolissimo intento di rendere efficace in tutti i modi la guarentigia stabilita colla concessione delle ipoteche *juris ministerio* a favore delle donne maritate, dei minori e degli interdetti.

L'introduzione nel Codice italiano delle regole contenute negli art. 1982, 1983 e 1984, si deve ad una proposta della Commissione Senatoria. Dichiarava a tal riguardo il relatore della suddetta Commissione: « Esisteva nel Progetto (del ministro Pisanelli) una lacuna, e a questa lacuna diede opera a supplire la Commissione. Nulla era preveduto nè statuito intorno ai modi più efficaci di garentire la iscrizione delle ipoteche legali delle donne maritate e dei minori, e nulla era detto degli obblighi da imporre a determinate persone. Nel sistema francese, se da un canto dichiaravasi l'ipoteca legale della donna maritata e del minore valida indipendentemente dal fatto della iscrizione, si provvedea non però efficacemente all' adempimento della iscrizione medesima mercè un complesso di precetti e di obblighi severissimi addossati ed ai legittimi rappresentanti di quelle persone privilegiate ed agli agenti del ministero pubblico, perchè la iscrizione venisse adempiuta. Ed il Codice napoletano (art. 2027, 2029, 2031) era sollecito di rinfiancare con più saldi presidii quegli obblighi e quelle prescrizioni, il che meritò lode dai più gravi espositori del Codice francese (1). Ora egli è fuori di dubitazione che la convenienza, anzi la necessità impreteribile di questi ordinamenti acquistò importanza maggior di tanto per quanto il novello sistema di pubblicità del regime ipotecario adegua e parifica ogni maniera d'ipoteca, nè rispetta la eccezionale prerogativa della donna maritata e del minore. Il sistema consacrato dai tre articoli aggiunti dalla Commissione offre le maggiori garentie e provvede a tutte le esigenze. Si è posta in movimento la solerzia e la responsabilità delle parti interessate non solo, ma sì di non pochi agenti, perchè l'obbligo della iscrizione non rimanga inadempiuto. Si è prefinito un termine di venti giorni per l' adempimento della iscrizione. Si è costituito sì la donna maritata che il minore e l'interdetto in condizione di promuovere quell'atto

(1) V. Troplong, *Privilegi ed ipoteche*, Prefaz. § 6.

conservativo delle loro rispettive ragioni, senza bisogno dell'autorizzazione e dello intervento dei loro legittimi rappresentanti. Si è infine aggiunta agli obblighi imposti una sanzione non lieve di penalità nel salutare intento di fare incolumi i diritti di quelle persone privilegiate. »

3.°

Iscrizione della ipoteca legale spettante all'alienante.

Il numero 1.° dell'art. 1969 concede ipoteca legale al venditore od altro alienante, sopra gli immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione. L'art. 1985 provvede alla iscrizione di questa ipoteca. È così concepito: Il conservatore delle ipoteche, nel trascrivere un atto di alienazione, deve iscrivere d'uffizio e sotto pena dei danni l'ipoteca legale spettante all'alienante in forza del numero 1 dell'articolo 1969. Tale iscrizione non avrà luogo se viene presentato un atto pubblico, od una scrittura privata autenticata da notaio od accertata giudizialmente da cui risulti che gli obblighi furono adempiuti.—La disposizione racchiusa in questo articolo fu tratta sostanzialmente dal § 188 del Regolamento legislativo per gli Stati Pontificî, emanato da papa Gregorio XVI nel 1834. Fu il Bonacci che, nel seno della Commissione Coordinatrice, propose la riproduzione nel Codice italiano di questa opportuna disposizione. Essa fu sostituita alla disposizione, contenuta nel Progetto ministeriale, la quale, alla ipoteca legale dell'alienante, iscritta entro i venti giorni dalla data dell'atto di alienazione, concedeva un diritto di prelazione di fronte ai creditori e aventi causa dal compratore. Tale disposizione fu soppressa dalla Commissione Coordinatrice, siccome quella che racchiudeva una deroga non giustificabile al principio della pubblicità in materia ipotecaria. Colla disposizione in esame, osservò il Mancini, chi assicurerà i terzi, che colui, col quale contrattano, non abbia venduto ieri il fondo, su cui oggi offre ipoteca (1)?

Avuto riguardo ai principî generali, e tenuto conto del numero terzo della tariffa annessa alla Legge dei 28 dicem-

(1) Verb. num. 42 della Commissione Coordinatrice.

bre 1867 sugli Emolumenti dei conservatori, noi abbiamo notato in sede opportuna, che il venditore (ed in generale l'alienante) può dispensare validamente il conservatore delle ipoteche dall'obbligo di prendere l'iscrizione di uffizio sull'immobile alienato. Ma *quid juris* nel caso che, nell'atto di alienazione, si trovi soltanto questa dispensa al conservatore, senza rinunzia, da parte dell'alienante, alla ipoteca legale che a lui compete, a guarentigia degli obblighi derivanti dall'atto medesimo? Il conservatore indubbiamente sarà dispensato dall'obbligo di prendere iscrizione; ma l'alienante ha diritto di domandarla? La Corte di appello di Genova decise affermativamente, e proclamò il principio: se in un atto di alienazione siasi dispensato il conservatore dall' obbligo d'iscrivere l'ipoteca d'uffizio a favore del venditore, e a guarentigia del prezzo non ancora soddisfatto, tale clausola non importa rinunzia all' ipoteca legale da parte dell' alienante, il quale perciò può chiederne la iscrizione. « Per dedurre dalla dispensa una rinunzia alla ipoteca legale, bisognerebbe che l'iscrizione ufficiosa del conservatore nell'occasione della trascrizione (che non è neppure obbligatorio di chiedere), fosse l'unico mezzo di poter rendere pubblica ed efficace l'ipoteca; ma ciò non è scritto nella legge, e ripugna all'art. 1965 ed alle norme regolatrici le iscrizioni, per le quali, a chi compete l' ipoteca compete anche il diritto di renderla efficace colla iscrizione quando lo creda di suo interesse, e fino a tanto che non sia intervenuta altra trascrizione, per cui più non si possa prendere l'iscrizione sul fondo passato in altre mani (1). » Il Ricci, nella *Giurisprudenza italiana,* annotando questa sentenza, osservava: « La tesi contraria è stata sostenuta dal prof. Lomonaco in un suo scritto pubblicato nel *Giornale delle leggi*; ma ci sembra preferibile l'opinione seguìta dalla sentenza che riportiamo. Il diritto, infatti, all'ipoteca, accordato dalla legge all'alienante pel prezzo non ancora pagatogli, non è da confondersi coll'obbligo imposto dall'art. 1985 del Codice al conservatore d'iscrivere d'ufficio siffatta ipoteca; imperocchè, dato anche che il conservatore non soddisfi a siffatto obbligo, non per questo viene meno nell'alienante il diritto alla ipoteca accordatogli dalla legge, e può

(1) Corte di appello di Genova; sentenza dei 7 dicembre 1883; nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1884, parte II, pag. 112.

esso, quando il voglia, supplire alla negligenza del conservatore richiedendo l'iscrizione dell' ipoteca che gli compete. Se l'ipoteca legale adunque non solo può essere iscritta ad istanza dell'alienante cui compete, ma deve anche, per maggior guarentigia, essere iscritta d' ufficio dal conservatore, come si può logicamente sostenere, che l'avere dispensato il conservatore da siffatto obbligo importi rinuncia, da parte dell'alienante, al diritto di fare iscrivere esso l'ipoteca accordatagli dalla legge? » Il Ricci poteva esimersi benissimo dalle considerazioni dianzi riferite; imperciocchè il titolo stesso della breve monografia da lui accennata attesta luminosamente, che noi non abbiamo giammai sostenuta una *tesi contraria* a quella accolta dalla Corte di Genova: « *Della rinunzia da parte del venditore* ALL'IPOTECA LEGALE *ed alla relativa iscrizione.* » Adunque, nel nostro scritto, si figurava espressamente la ipotesi della rinunzia, da parte dell'alienante, al diritto di ipoteca a lui concesso dalla legge: in tal caso riesce evidente che non si possa domandare iscrizione. La tesi da noi sostenuta *logicamente* non può essere contrastata. La confutazione del Ricci è rivolta a combattere un'opinione del tutto opposta a quella che egli ha voluto attribuirci. Del resto, giova osservarlo per incidenza, a nostro riguardo non è cosa infrequente che ci siano attribuite delle opinioni del tutto opposte a quelle che abbiamo sostenute, e sostenute con *discreto latino,* come direbbe Dante, vale a dire in modo chiarissimo. Così, per citare un esempio, in nota ad una sentenza della Corte di Casale, dei 4 dicembre 1887, il *Monitore dei tribunali* di Milano faceva la rassegna della dottrina in Italia, circa la quistione, se possa considerarsi come cosa giudicata una sentenza ancor soggetta al ricorso per cassazione. Tra i propugnatori della opinione affermativa collocava il Borsari, il Mattei, il Pisanelli, il Cuzzeri, il Mattirolo, il Bianchi, il Luzzati. Tra i sostenitori della opinione negativa annoverava il Ricci, il Polignani, il Puppa, il Bortolucci, il Cesareo, il Lomonaco. E soggiungeva che l' opinione affermativa avea la prevalenza « per numero ed autorità di sostenitori. » Il *Monitore dei tribunali* aveva ragione quando affermava che il nostro avviso non era *autorevole*; aveva torto, quando ci attribuiva una teoria perfettamente opposta a quella da noi propugnata. Arrestandoci intorno all'esame dell'articolo 2036 del Codice, determineremo il signi-

ficato della espressione, *sentenza passata in giudicato*; con questa espressione, in tema di cancellazione della iscrizione ipotecaria, il legislatore ha voluto accennare ad una sentenza contro la quale non si possa sperimentare neanche un gravame straordinario. Ma quando si dice semplicemente *cosa giudicata*, si vuole accennare a quella sentenza in generale contro la quale non si possono sperimentare i rimedi ordinari. Ecco la teoria da noi sostenuta, sulle orme dei più valorosi scrittori e della più sana giurisprudenza.

4.°

Beni su cui può iscriversi l'ipoteca giudiziale.

L'ipoteca giudiziale si può iscrivere su qualunque degli immobili appartenenti al debitore, ma quanto a quelli che sono da lui acquistati dopo la condanna, la iscrizione non può prendersi se non a misura che essi pervengono al debitore (art. 1986). Questo articolo del Codice è la esatta riproduzione dell'art. 2011 del Progetto ministeriale. Il Pisanelli, con queste parole, assegnava la ragione del sistema accolto nel medesimo: « Erasi proposto di limitare l'ipoteca giudiziale ai soli beni che il debitore possiede al tempo della condanna, ad imitazione di ciò che è stabilito riguardo all'ipoteca legale della moglie per la dote e i lucri dotali; ma fu giustamente osservato non esservi identità di ragione nell'uno e nell'altro caso. La moglie, o coloro che costituiscono la dote, possono stipulare una cautela speciale per la medesima, ove il marito non possieda a quell'epoca beni sufficienti per guarentirla coll'ipoteca legale. Il creditore, invece, che talvolta diviene tale involontariamente, come sarebbe il caso in cui il suo diritto di credito nasca da gestione di affari da altri impresa a sua insaputa, o per risarcimento di danni provenienti da delitto o quasi-delitto, non ha alcun mezzo per costringere il debitore a cautelarlo con garanzia speciale. Siccome può avvenire che il debitore non possegga beni al tempo della condanna, ma ne acquisti in sèguito, così, per rendere efficace l'ipoteca giudiziale, è necessario di estenderla ai beni che il debitore potrà possedere successivamente. Inoltre il marito non può liberarsi dalla sua obbligazione, per

la quale compete alla moglie l'ipoteca legale, stantechè la dote non può essere restituita durante il matrimonio; onde sarebbe esorbitante l'ammettere che tutti i beni da lui successivamente acquistati venissero colpiti da quell'ipoteca. Il debitore invece può, e deve anzi, pagare dopo la condanna; ond'è giusto che il creditore possa iscrivere l'ipoteca giudiziale a misura che il debitore acquista nuovi beni, fino a che il suo credito trovisi pienamente cautelato. »

Non dobbiamo tacere che, presso la Commissione Coordinatrice, la disposizione racchiusa nell'art. 2011 del Progetto, cui risponde l'art. 1986 del Codice, fu vivamente oppugnata da uno dei più valorosi giureconsulti napoletani che formavano parte di quel consesso, dal Niutta. Il De Foresta avea sostenuto il sistema accolto nel Progetto ministeriale. Aveva osservato, fra l'altro: « È nella natura della ipoteca giudiziale che colpisca tutti i beni del debitore sino al momento della estinzione del debito; perciocchè la cosa giudicata deve sempre essere operativa sino a tanto che abbia avuta la sua intiera esecuzione. Limitandola ai soli beni posseduti dal debitore al momento della condanna, potrebbe per lo più rimanere illusoria ed inefficace, sia che il debitore nulla possegga a quell'epoca, sia che possedendo dei beni si affretti ad alienarli quando vede imminente la condanna. » Il Niutta incominciò col notare, che l'ipoteca legale è meritevole di maggior favore della giudiziaria; il Codice dunque era inconseguente e contraddittorio, estendendo l'ipoteca giudiziaria ai beni futuri, e limitando la legale ai soli beni presenti. « Si è detto che la moglie o coloro che costituiscono la dote possono stipulare una cautela speciale per la medesima, ove il marito non possegga a quell'epoca beni sufficienti per guarentirla coll'ipoteca legale. Ma, a parte che non si è indicato quale potesse essere questa cautela speciale, che è più facile asserire che effettuarla, anche i creditori, a cui si concede l'ipoteca giudiziaria, avrebbero potuto premunirsi di un'ipoteca convenzionale o di altra garanzia. Si è parlato del creditore che tale addivenga involontariamente, come sarebbe il caso della gestione di affari da altri intrapresa a sua insaputa, o del risarcimento dei danni provenienti da delitto o quasi-delitto. Ma nel dar fuori una legge non bisogna preoccuparsi solamente dei casi straordinari e che rarissime volte avvengono; e trascurare poi i casi ordinari e frequentissimi.

Comunemente si avvantaggiano dell'ipoteca giudiziaria coloro che bene avrebbero potuto stipulare un'ipoteca convenzionale od altra efficace cautela, e si avvantaggiano solo per essere stati i primi a correre in giudizio per molestare il debitore. Or si vorrebbe che questa celere corsa dei creditori chirografari fosse meritoria sino al punto, che il nuovo Codice, dimenticando lo spirito che l'informa per la libertà dei beni e per la rimozione dei vincoli che incagliano il commercio della proprietà, dovesse sottoporre ad ipoteca i beni anche prima che il debitore li avesse acquistati, e ciò nel fine di stabilire una prelazione condannata del pari dalla logica e dall'equità. » Non ostanti queste considerazioni, la Commissione Coordinatrice, con lieve maggioranza, respinse la proposta del Precerutti, di sopprimere l'ultimo inciso dell'art. 2011, riprodotto testualmente nell' art. 1986 del Codice (1). Ma a noi deve essere consentito di accettare le sapienti osservazioni del Niutta; l' ordinamento accolto dal legislatore, in tema di ipoteca giudiziale, è dissonante dal sistema generale cui l'autore della legge, con grande studio, ha prestato ossequio, nello statuire le regole che debbono governare la pubblicità e la specialità delle ipoteche.

5.°

Note d'iscrizione e documenti da presentarsi al conservatore.

Giusta l'art. 1987, per operare l'iscrizione si presentano all'uffizio delle ipoteche il titolo costitutivo dell'ipoteca e due note, una delle quali può essere stesa in calce allo stesso titolo. Queste note devono contenere:

1.° Il nome, il cognome, il domicilio o la residenza del creditore e del debitore e la loro professione, se ne hanno, come pure il nome del padre loro.—L'ipoteca suppone di necessità un'obbligazione, a guarentigia della quale la medesima è stabilita. Ora, per la esistenza dell' obbligazione, si debbono trovare essenzialmente il *creditore* ed il *debitore*. Per quanto riguarda in particolare l'iscrizione dell' ipoteca, è richiesta la indicazione del *creditore*, imperciocchè nei giudizi

(1) Verb. num. 41 della Commissione Coordinatrice.

di purgazione (art. 2043), ed in quelli di espropriazione forzata (art. 668 Cod. di proc. civ.), gli attori sono tenuti a fare delle notificazioni ai creditori iscritti. È richiesta la indicazione del nome del *debitore*, imperciocchè, come bene osserva il Borsari, il nome del debitore è il *nucleo a cui si attengono le indagini dell'uffizio ipotecario* (1).

2.° Il domicilio che sarà eletto per parte del creditore nella giurisdizione del tribunale da cui dipende l'uffizio delle ipoteche.—Con savio consiglio il legislatore ha voluto esimere gli attori, nei giudizi cui possono dar luogo le iscrizioni ipotecarie, dalla necessità di indagare il domicilio reale dei singoli creditori. In tema di purgazione, le notificazioni si debbono fare ai creditori iscritti nel domicilio da essi eletto; a questo domicilio si debbono notificare gli atti che si riferiscono alla espropriazione forzata del debitore. Ma l'elezione di domicilio, fatta nella nota d'iscrizione, non è irrevocabile. Statuisce espressamente il Codice, che è in facoltà del creditore, del suo mandatario e del suo erede od avente causa di variare il domicilio eletto nell'iscrizione, sostituendovene un altro nella stessa giurisdizione. Il cangiamento sarà annotato dal conservatore in margine o in calce dell'iscrizione. La dichiarazione del creditore circa il cambiamento del domicilio deve risultare da atto ricevuto o autenticato da notaio, e rimanere in deposito nell'uffizio del conservatore (articolo 1995). L'interesse di fare annotare il cambiamento del domicilio non è lieve; imperciocchè, giusta l'art. 1999, le azioni cui le iscrizioni possono dare luogo contro i creditori sono promosse per mezzo di citazioni da farsi ad essi in persona propria o all'*ultimo loro domicilio eletto*.

3.° La data e la natura del titolo ed il nome del pubblico ufficiale che lo ha ricevuto o autenticato.—La legge richiede l'indicazione della *data* del titolo, imperciocchè gli interessati debbono conoscere se l'iscrizione è posteriore al titolo che concedeva l'ipoteca. È principio incontroverso, nella dottrina e nella giurisprudenza, che è nulla l'iscrizione ipotecaria eseguita in base al titolo del credito che non concedeva ipoteca, sebbene questa fosse stata concessa con un atto posteriore. Ancora: la *data* del titolo serve per determinare,

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II, § 4219.

se l'ipoteca fu costituita in un tempo nel quale validamente poteva stabilirsi. È richiesta la indicazione della *natura* del titolo, perchè gli interessati abbiano il modo di conoscere la specie della ipoteca, resa pubblica colla iscrizione. Si deve indicare ancora il *nome del pubblico ufficiale* che ha ricevuto o autenticato il titolo, perchè sia possibile procedere all'esame del titolo da cui deriva l'ipoteca e indagare se il medesimo sia maculato da qualche vizio, che renda di nessuna efficacia l'ipoteca medesima.

4.° L'importare della somma dovuta.—Questa indicazione fa conoscere agli interessati in quale proporzione sono vincolati i beni del debitore; se, avuto riguardo al valore di essi ed all'ammontare delle obbligazioni garantite coll'ipoteca, resta ancora un margine per assicurare altre obbligazioni che il debitore vuole contrarre. Statuisce il Codice, che l'iscrizione non ha effetto che per la somma enunciata nella nota, ancorchè si giustifichi coll'atto da cui apparisce il debito, che la somma dovuta è maggiore dell'enunciata. Se la somma enunciata è maggiore di quella che è realmente dovuta, l'iscrizione non ha effetto che per quest'ultima somma (art. 1997). Entrambe queste disposizioni si spiegano agevolmente. La prima: perchè i terzi han guardata l'iscrizione, e non doveano guardare che la medesima; ora, quando non si voglia violare il principio della *pubblicità*, il creditore non ha diritto, per ciò che s'attiene agli effetti della iscrizione, che alla somma enunciata nella nota. La seconda: perchè la nota non è capace di costituire un credito che non esiste realmente; se il credito è di diecimila lire, la nota che si presenta per la iscrizione non può elevarlo a ventimila.

5.° Gli interessi o le annualità che il credito produce. — Gli interessi e le annualità accrescono il credito garantito dalla ipoteca. L'art. 2010 statuisce, che l'iscrizione di un capitale che produce interessi, se la misura di questi vi è enunciata, serve per far collocare allo stesso grado del capitale gli interessi dovuti per le due annate anteriori a quella in corso al giorno della trascrizione del precetto, oltre agli interessi successivi, senza pregiudizio delle iscrizioni particolari prese per maggiori arretrati dovuti, le quali hanno effetto dal giorno della loro data. Il Supremo Collegio di Palermo ha ritenuto che, se il credito garantito da ipoteca produce interessi *per legge*, non è necessario che questi, all'effetto di

essere garantiti dalla iscrizione, vi siano enunciati. « La disposizione, di dichiararsi la misura degli interessi nelle iscrizioni ipotecarie di capitali fruttiferi, provvede alla maggiore pubblicità dell'ipoteca nell'ammontare del credito. Nelle obligazioni convenzionali, soltanto, questa enunciazione è necessaria, perchè dall'iscrizione possono i terzi venire informati che sia produttivo d'interessi il credito, ed in quale misura. Ma dove il credito sia per legge fruttifero, e nel tasso dalla legge stabilito, basta che della qualità e provenienza sua sia fatta enunciazione nella iscrizione, perchè sieno i terzi informati del debito, dell'interesse e della misura. La enunciazione espressa, che ne desse la iscrizione, nulla aggiungerebbe; sarebbe affatto inutile; la pubblicità dell'ammontare del credito con i suoi accessorii ugualmente è raggiunta. Nella specie, la iscrizione palesava che il credito nasceva da restituzione di dote; e la legge, a tutti nota, stabilisce, che la dote si restituisce di pieno diritto con gli interessi, in quella misura ch'è la legale, decorrenti dal giorno di scioglimento del matrimonio. La qualità del credito, la sua provenienza espressa nella iscrizione, informavano abbastanza dell'interesse che produceva, e della sua misura, e nulla di più potevasi conoscere, se questo interesse fosse stato espressamente enunciato (1). » Noi non possiamo seguire la teoria della Cassazione di Palermo. All'adozione di essa si oppone il testo della legge. La collocazione degli interessi allo stesso grado del capitale è subordinata espressamente alla condizione della enunciazione degli interessi nella nota d'iscrizione: *se la misura di questi vi è enunciata,* sono le parole precise dell'art. 2010. Si oppone, in secondo luogo, all'adozione della teoria accolta dalla Cassazione di Palermo, la *mens legis*. Il legislatore ha imposta rigorosamente la osservanza della forma della *pubblicità*, sì del credito, sì degli interessi, perchè si possa vantare un diritto di prelazione in rapporto all'uno ed agli altri. Il diritto di prelazione non può dunque farsi valere in rapporto agli interessi, quando, per essi, non si è adempita la forma della pubblicità. Nè vale far ricorso alla presunta scienza legale dei terzi. A questa presunzione molte volte non risponde la realtà; e poi, l'autore della legge

(1) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 23 agosto 1887; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1887, parte I, pag. 528.

imponendo la pubblicità, e pel credito e per gli interessi, si è proposto di garantire le ragioni dei terzi qualunque sia la loro scienza o la loro ignoranza delle discipline giuridiche. Ora, *nemo lege sapientior;* l'interprete deve rispettare la volontà del legislatore.

6.° Il tempo dell'esigibilità. — Il credito si valuta non solo *ex quantitate*, ma anche *ex die solutionis;* e la conoscenza del tempo della sua esigibilità conferisce perciò alla conoscenza dell'ammontare del credito (1).

7.° La natura e la situazione de' beni gravati colle indicazioni volute dall'art. 1979 (natura dei beni, comune in cui si trovano, numero del catasto o delle mappe censuarie dove esistono, tre almeno dei confini).—Senza queste indicazioni riuscirebbe impossibile raggiungere lo scopo della legge circa l'ordinamento della pubblicità delle ipoteche.

Complemento necessario e sanzione dell'art. 1987 è l'articolo 1998 così concepito: « L'ommissione o l'inesattezza d'alcuna delle volute indicazioni nel titolo costitutivo dell'ipoteca o nelle due note, non producono la nullità dell'iscrizione, fuorchè nel caso in cui inducano assoluta incertezza sulla persona del creditore o del debitore, o su quella del possessore del fondo gravato quando ne è necessaria l'indicazione, o sulla identità dei singoli beni gravati, o sull'importare del credito. In caso d'altre ommissioni od inesattezze se ne può ordinare la rettificazione ad istanza e a spese della parte interessata. » In questo articolo si accenna al *titolo* e non già all'*atto* costitutivo dell'ipoteca, perchè resti fuori dubbio che s'intende parlare non solo dell'*atto pubblico*, ma eziandio delle *sentenze* e delle *scritture private*. La sostituzione della voce *titolo* a quella di *atto* si deve ad una proposta fatta dal Mancini, nel seno della Commissione Coordinatrice (2).

Il Codice francese non racchiude nessuna disposizione diretta a determinare quali indicazioni, prescritte in tema di iscrizione delle ipoteche, si debbono eseguire sotto pena di nullità della iscrizione. Come nota il Laurent: « Il n'y a pas de question qui ait donné lieu à plus de procès que celle de la nullité des inscriptions irrégulières, et il n'y a pas de

---

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. II, num. 291

(2) Verb. num. 42 della Commissione Coordinatrice.

procès qui aient ruiné plus de familles. » Nel silenzio della legge, nei primi anni dopo la promulgazione del Codice francese, la Corte di Cassazione annullò, come l'avea fatto sotto l'impero della Legge di brumaio anno VII, tutte le iscrizioni incomplete od irregolari, senza tener conto della importanza maggiore o minore della ommissione o della inesattezza; tra le altre, annullò alcune iscrizioni perchè tutti i prenomi del creditore non erano nelle medesime indicati. Si è rimproverato alla Corte Suprema questo rigore inesorabile, da cui derivarono gravi disastri per le famiglie: « C'est oublier, observa il Laurent, que le devoir de la cour de cassation est précisément de veiller à la stricte observation de la loi; si la loi est rigoureuse, l'application doit l'être également (1). » Osservazione giustissima, che, anche sotto l'impero del nostro Codice, si dovrebbe tener presente alcune volte dai Collegi Supremi. Talvolta si avvera che, in considerazione di quella che si chiama nel linguaggio della pratica forense *morale della causa,* sono calpestati nelle decisioni giurisprudenziali i principî più inconcussi del diritto. Così, è stato deciso che il testamento olografo è *atto autentico*, agli effetti del riconoscimento del figlio naturale; che l'articolo 1314 del Codice richiede l'atto scritto semplicemente *ad probationem*, per le locazioni immobiliari la cui durata eccede il novennio! In questi ed in simili casi i Collegi Supremi hanno creduto di essere autorizzati a ribellarsi alla volontà del legislatore, sol perchè questa ribellione era consigliata da considerazioni morali. Questo indirizzo è riprovevole; l'autorità giudiziaria è chiamata alla osservanza, non alla formazione della legge. Ed i Collegi Supremi hanno il dovere, avuto riguardo alla essenza della loro istituzione, di dare l'esempio della osservanza della legge. Per quanto si attiene alla quistione accennata dal Laurent, essa non può sorgere sotto l'impero del Codice italiano. Il testo dell'articolo dianzi riferito colma la lacuna lamentata nel Codice francese.

La giurisprudenza si è mostrata molto favorevole alla efficacia della iscrizione, nella interpretazione dell'art. 1998, superiormente riferito. Ed anche prima della promulgazione del Codice, troviamo esempi di tale sistema. Così, è stato ritenuto che deve giudicarsi valida l'iscrizione ipotecaria presa sotto il

---

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXXI, num. 93.

nome col quale è ordinariamente conosciuto il debitore, diverso da quello che risulta dall'atto di nascita; e non può essere impugnata dal cessionario di un credito assicurato da posteriore ipoteca sullo stabile stesso, cessionario che aveva cognizione del vero essere del debitore, nè potè cadere in inganno (1). È valida l'iscrizione di un'ipoteca, presa a favore della massa dei creditori, sebbene non vi siano enunciati i nomi e le qualità personali dei singoli creditori (2). La mancanza d'indicazione della *data* e della *natura* del titolo da cui sorge l'ipoteca non induce la nullità della iscrizione, tranne il caso ne derivasse incertezza sulla natura e sull'importare del diritto che si volle conservare (3). La omessa indicazione del tempo della esigibilità del credito non induce la nullità della iscrizione ipotecaria o della sua rinnovazione (4). La elezione di domicilio nelle note ipotecarie non fa parte sostanziale dell'iscrizione dell'ipoteca, la quale sussiste in tutta la sua forza quando anche nessuna elezione siasi fatta (5). La inesattezza intorno alla indicazione dei numeri di mappa non pregiudica alla iscrizione quando le altre indicazioni siano sufficienti a designare il fondo gravato, in modo da escludere quell'assoluta incertezza sull'identità del medesimo, che solo può essere causa della nullità dell'iscrizione ipotecaria (6). È valida la iscrizione in cui non siano indicati i confini del fondo, se da altre circostanze possa dedursi di non esservi incertezza assoluta nella determinazione dell'immobile ipotecato (7). E ci riuscirebbe facile raccogliere altre massime giuris-

(1) Corte di appello di Genova; sentenza dei 12 maggio 1863; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1863, parte II, pag. 370.

(2) Corte di appello di Firenze; sentenza dei 6 luglio 1877; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1877, parte III, pag. 209.

(3) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 31 marzo 1868; negli *Annali*, anno 1868, parte I, pag. 106.

(4) Corte di appello di Torino; sentenza dei 10 aprile 1874; negli *Annali*, anno 1874, parte II, pag. 496.

(5) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 12 giugno 1869; nella *Giurisprudenza* di Torino, Vol. V, pag. 457.

(6) Corte di appello di Venezia; sentenza degli 11 dicembre 1878; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1879, parte II, pag. 210.

(7) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 4 luglio 1894; nella *Gazzetta del procuratore*, anno XXVI, num. 34 (15 dicembre 1894).

prudenziali, che hanno ritenuta efficace l'iscrizione ipotecaria non ostante la mancanza o la inesattezza di altre indicazioni. Ma a noi preme soprattutto far notare, che specialmente in questa materia, quando si vuole far ricorso alla giurisprudenza, non deve giammai l'interprete dimenticare il principio: *modica circumstantia facti magnam inducit diversitatem juris.* In caso contrario, riunendo tutte le decisioni che han ritenuta efficace l'iscrizione ipotecaria, sebbene mancava od era inesatta una delle indicazioni richieste dall'art. 1987, riunendo, dicevamo, tutte queste decisioni, si dovrebbe, dalla rassegna giurisprudenziale, ricavare la conseguenza, che le note che si presentano per l'iscrizione sono valide ed efficaci, pur non contenendo alcuna indicazione, o contenendo tutte le indicazioni inesatte! Ed allora, la persona interessata che ha fatto ricorso ai registri ipotecari, lungi dal poter dire con Dante che *le tenebre fugg'an da tutti i lati*, circa le passività a carico del patrimonio del debitore, dirà, invece, e non a torto, che dopo le fatte ricerche nella sua mente *s' aduna più di dubbio* che non v'era prima di aver consultato questi registri. Adunque, l'interprete si giovi pure della giurisprudenza, ma con sapiente discernimento. In qualche caso, per estimare la efficacia o la inefficacia dell' iscrizione ipotecaria, fa d'uopo procedere, avuto riguardo allo scopo della legge, col bilancino dell'orafo. E la stessa giurisprudenza ce ne presenta un esempio. Decise la Corte di appello di Roma, che la variazione di una semplice vocale nella pubblicazione del cognome del debitore, contro il quale siasi iscritta l'ipoteca, rende nulla l'iscrizione stessa in riguardo al terzo acquirente del fondo, quando l'errore induce incertezza sulla persona del debitore (1).

Eseguita l'iscrizione, il conservatore restituisce al richiedente i documenti ed una delle due note, la quale deve contenere in calce il certificato da lui sottoscritto dell'effettuata iscrizione, con la data ed il numero d'ordine della medesima (art. 1988). Una delle note resta in potere del conservatore; affinchè, sorgendo qualche dubbio sulla esattezza della iscri-

(1) Corte di appello di Roma; sentenza dei 26 luglio 1871; nella *Legge,* XI, I, 623. — Nella specie si era iscritta un' ipoteca a carico di *Bocciarelli* invece di *Bucciarelli;* e il conservatore, richiesto d' un certificato ipotecario a carico di quest' ultimo, rispose non esistere a suo carico alcuna iscrizione.

zione, egli sia in grado di provare che gli errori commessi non sono a lui imputabili, che la iscrizione è conforme alla nota (1).

6.°

Regole speciali circa gli atti costitutivi dell'ipoteca in rapporto all'iscrizione.

A) *Autenticazione od accertamento giudiziale degli atti privati.* — Quando l'ipoteca deriva da atto privato, non se ne può ottenere l'iscrizione, se la sottoscrizione di chi l'ha acconsentita non è autenticata da notaio od accertata giudizialmente. Il richiedente deve presentare l'originale della privata scrittura coi documenti accessori, ove occorra; se l'originale si trova depositato in un pubblico archivio o negli atti di un notaio, basta la presentazione di una copia autenticata dall'archivista o dal notaio, da cui risulti che la scrittura ha i requisiti avanti indicati. Venendo presentato l'originale della scrittura privata, deve il medesimo coi relativi documenti, se ve ne sono, rimanere depositato nell'uffizio delle ipoteche (art. 1989). Il sistema della legge è ragionevolissimo. Semprechè l'atto privato si presenta dal creditore od anche da un suo mandatario o *negotiorum gestor* al conservatore, questi non ha modo di accertarsi se veramente l'atto è stato sottoscritto dalla persona che vi comparisce costitutrice dell'ipoteca. L'autenticazione notarile quindi o l'accertamento giudiziale sono formalità provvidamente dalla legge stabilite, per attribuire all'atto privato quel carattere di veridicità, senza di cui potrebbero i beni di taluno venir gravati d'iscrizioni ipotecarie, che il proprietario non concesse mai (2).

Ritenne a buon diritto la Corte di Cassazione di Firenze, che la disposizione racchiusa nell'articolo 1989 del Codice civile, dove è prescritto che quando l'ipoteca deriva da atto privato non se ne può ottenere l'iscrizione, se la sottoscrizione di chi l'ha acconsentita non è autenticata da notaio

(1) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, num. 695.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, num. 189.

od accertata giudizialmente, non è, come lo dimostra il capoverso dell'art. 2069 dello stesso Codice, *regolamentare* per i conservatori, ma costituisce condizione assoluta ed essenziale, senza di cui l'ipoteca iscritta non ha alcuna efficacia. È fuori di dubbio, osservò la Corte, che ove la legge dispone non potersi fare una cosa se non in una determinata forma, l'eseguirla in forma diversa equivale a non portarla ad effetto. Non può trarsi argomento in contrario dall'art. 1978 del Codice civile, il quale, a differenza di altre legislazioni, stabilisce che la scrittura privata basta per sè a costituire l'ipoteca convenzionale. La presente disputa non riguarda la costituzione dell'ipoteca, sibbene la iscrizione della medesima; e se rispetto alla prima che intercede fra debitore e creditore si adottò la regola generale sancita dallo stesso Codice all'art. 1313, che la prova per iscritto risulta anche da atto privato senza bisogno di altra formalità, e si reputò conforme a ragione il non esigere per la costituzione contrattuale dell'ipoteca maggiore solennità di quella che l'art. 1314 num. 1 richiede per le traslazioni di proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, una maggiore garantìa di autenticità dell'atto si credette opportuna quando trattasi di rendere operativa contro i terzi l'ipoteca mediante l'iscrizione; a quest'effetto si volle la ricognizione notarile dell'atto privato, seguendo quanto erasi disposto nell'art. 1935 del medesimo Codice per la trascrizione dei contratti risultanti da scrittura privata, i quali, sebbene siano validi e perfetti tra le parti senz'altra formalità, non possono tuttavia essere trascritti, se le sottoscrizioni dei contraenti non sono state autenticate da notaio od accertate giudizialmente, appunto perchè trattasi di estendere ai terzi gli effetti dell'atto privato (1).

L'autenticazione richiesta dall'art. 1989 del Codice civile, quando trattasi d'iscrivere la ipoteca consentita in una polizza del Banco di Napoli, deve farsi dal notaio in presenza di due testimoni, ovvero può farsi dal solo notaio, secondo il metodo privilegiato dalla Legge sul Notariato del 1819, conservato dalla Legge 25 luglio 1875? La Corte di appello di Napoli decise essere richiesta la presenza dei due testi-

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 5 marzo 1883; nella *Legge,* anno XXIII, Vol. I, pag. 616.

moni (1). Ma il Supremo Collegio annullò tale decisione. Osservò, fra l'altro, la Cassazione, che istituito con Decreto del 13 dicembre 1816 il Banco delle due Sicilie, sulla rovina dei sette Banchi o Monti di pietà di Napoli, fra gli altri speciali privilegi attribuiti ai *certificati di deposito* o *fedi di credito*, vi fu quello scritto nell'art. 35 della Legge sul Notariato dei 23 novembre 1819; nel quale, dopo essersi statuito in via di regola che i certificati della verità del carattere nelle sottoscrizioni in private scritture si dovessero rilasciare nel solo caso che si fossero apposte o riconosciute dalle parti in presenza del notaio e di due testimoni, ovvero di due notai, si soggiungeva: « eccetto le fedi e polizze di Banco, per le quali basta il solo attestato del notaio senza testimoni. » Donde promana la conseguenza che, nelle province meridionali d'Italia, vi erano due forme di autenticazione, una speciale e l'altra generale, una pel caso venisse apposta alle fedi o carte del Banco, una diversa per tutti gli altri casi. La legge organica del Banco e quella sul Notariato han continuato ad essere in vigore, in quanto al rammentato privilegio, e lo sono tuttora. E tanto vero che il legislatore italiano non volle derogare al privilegio dell'autenticazione nelle fedi del Banco di Napoli, che ad occasione della nuova Legge sul Notariato, 25 luglio 1875, tornò a ripetere quel che avea già ripetuto semprechè gli era occorso di toccare disposizioni affini a quell'Istituto, scrivendo nell'art. 155: « Non è però derogato nelle province napoletane e siciliane a quella parte dell'art. 35 della Legge 23 novembre 1819 sul Notariato, in cui è dichiarato che il solo certificato del notaio, senza intervento dei testimoni, basta ad assicurare la verità della sottoscrizione nelle fedi di credito e polizze di Banco. » Non è esatto l'affermare, che la disposizione speciale, contenuta nella Legge sul Notariato, possa valere fra le parti e non rispetto ai terzi, quasichè il solo fatto di trovarsi l'ipoteca consentita in una carta bancale non bastasse, pel Decreto organico del 1816, a far produrre alla convenzione quella prova e quell'effetto che la natura dell'atto seco portava, e quasi che fosse lecito apportare restrizioni agli effetti dell'autenticazione speciale, non consentite

(1) Corte di appello di Napoli; sentenza dei 12 aprile 1878; nel *Monitore dei tribunali*, Vol. XIX, pag. 908.

nè dalla lettera, nè dallo spirito della legge (1). La decisione del Supremo Collegio deve giudicarsi esattissima.

B) *Legalizzazione degli atti seguìti in paese estero.* — Gli atti seguìti in paese estero che si presentano per l'iscrizione, devono essere debitamente legalizzati (art. 1990). La disposizione racchiusa nell'art. 1990 è generale, essa riguarda tanto gli atti pubblici che le scritture private. Se la scrittura privata, la quale forma il titolo costitutivo dell'ipoteca, è depositata, in paese estero, presso un pubblico archivio od un notaio, in tal caso deve presentarsi debitamente legalizzata la copia autentica che si esibisce al conservatore, e che deve restare, giusta l'art. 1989, depositata nell'uffizio delle ipoteche (2). In rapporto alla disposizione contenuta nell'articolo 1990 del Codice, vogliamo ricordare una massima fermata dalla Corte di appello di Modena: La mancanza di legalizzazione dell'atto pubblico fatto in paese estero, anteriore alla iscrizione dell'ipoteca, non produce la nullità della iscrizione; in ogni modo, la nullità è sanata colla legalizzazione posteriore. Trattasi, disse la Corte, d'una semplice formalità estrinseca accidentale, che non conferisce alcun diritto *ex novo*, non riguarda la sostanza, nulla aggiunge e nulla toglie agli atti pubblici; e si risolve perciò in una prescrizione meramente regolamentare, che tende soltanto ad accertare la verità del fatto già intervenuto, della sottoscrizione del pubblico uffiziale, da doversi autenticare diplomaticamente; di maniera che, per trattarsi di mera formalità dichiarativa, il postumo adempimento ha necessariamente efficacia retroattiva. Il legislatore italiano si è ben guardato dal cadere nell'errore gravissimo di comminare, per la irregolare ommissione di cotale preliminare formalità, l'esorbitante pena di nullità, che non avrebbe nessuna sufficiente ragione d'essere, e riuscirebbe a mera odiosa vessazione, in quanto che nessun danno ha potuto derivarne ai terzi (3).

C) *Pagamento della tassa di registro cui è soggetto il titolo.* — Se l'ipoteca deriva da un atto pubblico ricevuto nel

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 18 marzo 1879; nella *Gazzetta del procuratore*, anno XIV, num. 20 (28 giugno 1879).

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, num. 209.

(3) Corte di appello di Modena; sentenza dei 9 maggio 1876; nel *Foro italiano*, anno 1877, parte I, pag. 370.

regno o da una sentenza pronunziata da un'autorità giudiziaria del regno, l'iscrizione può essere domandata, quantunque non sia ancora pagata la tassa di registro a cui sia soggetto il titolo. In tale caso non è necessaria l'esibizione del titolo, ma le note che si presentano per l'iscrizione devono essere certificate dal notaio che ha ricevuto l'atto o dal cancelliere dell'autorità giudiziaria che ha pronunziata la sentenza, e si osservano le disposizioni del capoverso dell'articolo 1946; cioè a dire, che il richiedente deve presentare una terza copia della nota al conservatore, la quale sarà da lui vidimata e trasmessa immediatamente all'uffiziale incaricato della riscossione della tassa di registro (art. 1991). La disposizione di questo articolo, in forza della quale, per ottenere l'iscrizione, trattandosi di atto pubblico ricevuto nel regno o di sentenza pronunziata da un'autorità giudiziaria del regno, basta un certificato del notaio che ha ricevuto l'atto o del cancelliere dell'autorità giudiziaria che ha pronunziata la sentenza, si deve ad una proposta del Mancini presso la Commissione Coordinatrice. Egli acconciamente notava: « Perchè mai, per operare la iscrizione, si dovrà presentare sempre il *titolo costitutivo dell'ipoteca?* Perchè si farà dipendere dalla circostanza in tutto eventuale, che siasi o non potuto aver per tempo la copia dell'atto pubblico, della sentenza (copia che può essere lunghissima, e richiedere uno, due giorni, e forse più per prepararla), l'avere o non un'utile collocazione? Tanto meglio apparirà conveniente la fatta proposta, ove si badi agli inconvenienti e alle frodi, che potrebbero avvenire col sistema adottato dal nuovo Codice, secondo cui tutte le ipoteche non producono effetto, e non prendono grado che dal momento della loro iscrizione. Oggi, ad esempio, si stipula un contratto di matrimonio: prima di due giorni non si può avere una copia di questo contratto. Intanto domani uno iscrive contro il marito un'ipoteca, la quale ne colpisce tutto il patrimonio. Qual mai rimedio avrà la moglie, costretta da una fatale necessità ad iscrivere soltanto il giorno appresso la sua ipoteca (1)? »

(1) Verb. num. 42 della Commissione Coordinatrice.

7.°

Determinazione della somma per cui si prende iscrizione.

L'iscrizione dell'ipoteca non può farsi che per una somma di danaro a tale effetto determinata nell'atto costitutivo o dichiarativo del credito, o in un atto posteriore. La determinazione della somma, se non è fatta nel titolo costitutivo o dichiarativo del credito nè con atto posteriore, può farsi dal creditore medesimo nella nota per l'iscrizione (art. 1992). Il De Foresta, presso la Commissione Coordinatrice, osservò in proposito: « Il creditore potrà forse eccedere nella determinazione della somma, per cui chiede la iscrizione; ma contro questo pericolo è valida cautela quanto prescrive l'art. 2053 del Progetto (art. 2028 del Codice), che, cioè, quando la riduzione abbia luogo per eccesso nella determinazione del credito fatta dal creditore, le spese necessarie per la riduzione stessa cadranno a suo carico; e in forza dei principii generali, egli potrà eziandio essere condannato al risarcimento dei danni, se tale eccesso apparisca fatto con dolo (1). »

Dobbiamo richiamare una controversia ch'è surta, nel campo della dottrina, circa la interpretazione del capoverso dell'art. 1992; in virtù del quale compete al creditore di determinare la somma nella nota per l'iscrizione, se la determinazione non è fatta nel titolo costitutivo o dichiarativo del credito, nè con atto posteriore. Giusta la interpretazione restrittiva, la disposizione contenuta nel suddetto capoverso deve reputarsi eccezionale, e quindi applicabile soltanto ai casi eccezionali; a quei casi nei quali non è possibile determinare la somma nell'atto costitutivo o dichiarativo del credito, od anche in un atto posteriore. Questi casi eccezionali si riducono a tre: 1.° Ipoteca giudiziale procedente da condanna alla consegna di cose mobili; 2.° Ipoteca giudiziale derivante da condanna all'adempimento di altra obbligazione risolubile nel risarcimento dei danni; 3.° Ipoteca spettante allo Stato sopra i beni dei condannati per le spese di giustizia ecc. iscrivibile prima della condanna (art. 1970, 1969

---

(1) Verb. num. 42 della Commissione Coordinatrice.

num. 5.°) (1). Questa opinione deve essere respinta. Il capoverso dell'art. 1992 prevede i casi in cui la determinazione *non è fatta*, non già quelli soltanto in cui la determinazione *non potè esser fatta.* Ha osservato il Polacco, la cui teoria deve essere accolta, doversi reputare conforme a ragione che in tutte le specie di ipoteche si dia facoltà al creditore di fissare la somma all'atto della iscrizione, nel silenzio dell'atto costitutivo o dichiarativo del credito, poichè l'opportunità, se non la possibilità, che le parti di comune accordo la determinino può non esserci, ancorchè l'ipoteca derivi da convenzione fra loro stipulata. Ad esempio, Tizio dichiara di dovere a Caio un indennizzo per danni recatigli, e a garantìa gli concede un'ipoteca; ma, essendo in disaccordo con Caio sulla estensione dei danni, è impossibile indurlo a precisare la somma per cui gli concede ipoteca. Se per avventura, sol perchè, nella convenzione o in atto posteriore, non fu determinata la somma, non fosse altrimenti possibile di provvedervi, si verrebbe in taluni casi a questo assurdo, di *non potere* iscrivere ipoteche, che pure la legge *fa obbligo* di iscrivere. Così, per esempio, il conservatore, nel trascrivere un atto di alienazione, deve d'uffizio e sotto pena dei danni iscrivere ipoteca sui beni alienati a favore dell'alienante *per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione* (articoli 1969, 1985). Ora può darsi benissimo che siffatti obblighi (che possono essere ben altri dal pagamento del prezzo, il quale, giusta l'art. 1454, deve essere determinato) non siano stati valutati dalle parti nel contratto. Accettando la interpretazione restrittiva del capoverso dell'art. 1992, come uscirà d'imbroglio il conservatore, al quale non incombe men per questo l'obbligo della iscrizione? Il conservatore, che nella ipotesi dell'art. 1985, rappresenta il creditore per ministero di legge, si varrà della facoltà che compete a costui, e determinerà egli stesso la somma all'atto della iscrizione. Ancora: giusta l'art. 2042, in tema di purgazione, « l'acquirente non può essere ammesso ad istituire il giudizio, se prima non ha fatto iscrivere in favore della massa dei creditori del venditore l'ipoteca legale per garantìa del paga-

(1) V. Lordi, *Della estensione ed applicazione delle due parti dell'articolo 1992 del Codice civile;* nell'*Archivio giuridico,* Vol. XXXVII (anno 1886).

mento del prezzo della vendita, *o del valore dichiarato a norma del numero 3 dell'articolo seguente.* » Questo numero terzo dell'art. 2043 statuisce, che l'acquirente deve notificare ai creditori iscritti « il prezzo stipulato, *o il valore che dichiarerà, se si tratta di fondi avuti a titolo lucrativo o il cui prezzo non fu determinato.* » In questo caso l'acquirente, come si disse sopra riguardo al conservatore, ha dalla legge l'incarico di rappresentare l'interesse del proprio creditore (alienante) e dei creditori di lui, e di procedere per conto loro alla iscrizione; e la legge, come vedesi, apertamente dichiara di rimettere alla sua unilaterale dichiarazione l'apprezzamento che non risulta dall'atto (1). Abbiamo detto che si deve accettare questa interpretazione dell'art. 1992 del Codice civile. Il testo della legge, come è stato osservato, impone la interpretazione estensiva; il legislatore comprende nella sua disposizione tutti i casi nei quali *non è fatta* la determinazione della somma. L'interprete non ha quindi il diritto di limitare l'applicazione della medesima ad alcuni casi soltanto (a quei casi peraltro, lo si deve riconoscere, in cui meno infrequente ne sarà l'applicazione), ed escluderla negli altri casi. E, d'altra parte, non si potrebbe ritenere che la *sentenza* del Codice *è d'altra guisa che la voce non suona,* vale a dire che la *mens legis* non conforti questa interpretazione, che risulta a chiare note dal testo dell'articolo 1992. Se la somma può essere indeterminata anche quando l'ipoteca è convenzionale, non è a credersi che in questo caso il legislatore abbia voluto statuire diversamente da quello che ha disposto in generale pei casi in cui *non è fatta* la suddetta determinazione.

8.°

Iscrizione sopra i beni di un defunto.

Le iscrizioni sopra i beni di un defunto possono essere fatte colla semplice indicazione della sua persona e nel modo voluto per le altre iscrizioni, senza obbligo di far menzione degli eredi (art. 1996). E la ragione è chiara; molte volte

(1) V. Polacco, *Di una interpretazione restrittiva dell' art. 1992 Codice civile;* nell'*Archivio giuridico,* Vol. XXXVII (anno 1886).

riesce difficile a coloro che debbono prendere iscrizione l'avere esatta conoscenza degli eredi del debitore; e, per assicurarsene, ci vuole del tempo. Ora, in questa materia in cui, per determinare la prelazione, si ha riguardo non solo ai giorni, ma anche alle ore di precedenza, può dirsi che vi ha *magna jactura in mora modici temporis*. Ove però, soggiunge il capoverso dell'art. 1996, al tempo dell'iscrizione gli immobili ipotecati appariscano da tre mesi nei registri censuari passati agli eredi o ad altri aventi causa del debitore, l'iscrizione deve anche essere presa contro questi ultimi, colle indicazioni stabilite dal numero 1 dell'art. 1987 (nome, cognome, domicilio o residenza, professione se ne hanno, paternità), in quanto risultano dagli stessi libri censuari. Di quali *aventi causa* ha voluto parlare l'autore della legge, nel capoverso dell'art. 1996? Il Codice accenna evidentemente agli aventi causa del debitore defunto, non già a quelli del debitore vivente. Nell'ordinamento del Codice, la trasmissione dei beni per successione si avvera in modo assoluto (*adversus omnes*), senza bisogno di render pubblica la trasmissione con quella forma di pubblicità richiesta quando il trasferimento dei dominii (degli immobili e degli altri beni o diritti designati dalla legge) ha luogo per atto fra vivi. Ecco perchè, mancando la trascrizione, e pur essendo efficace il trasferimento rispetto a tutti, il Codice doveva imporre al creditore l'obbligo di iscrivere anche contro gli aventi causa, cioè contro i nuovi proprietari dei beni gravati, allorquando il trasferimento di proprietà apparisse nei libri censuari. Ma il Codice non doveva imporre, e non ha imposto al creditore l'obbligo di iscrivere contro l'avente causa dal debitore vivente, solo perchè esso apparisse proprietario nei registri catastali; imperciocchè sarebbe stato attribuire alla semplice voltura catastale l'effetto della trascrizione, e dare efficacia, rispetto ai terzi, ad un titolo non trascritto, ciò che non era consentito dal sistema della legge, circa la pubblicità dei trasferimenti che hanno luogo per atto tra vivi (1). In altre parole, se, nella prima parte dell'art. 1996, il Codice accenna alle iscrizioni da prendersi sopra i beni di un defunto, indubbiamente, nel capoverso del medesimo articolo, quando si fa menzione degli aventi causa, l'autore della legge allude

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. II, num. 271.

di necessità agli aventi causa dal debitore defunto, non già agli aventi causa dal debitore vivente. D'altronde, in rapporto a questi ultimi, due ipotesi si possono verificare. La prima, che hanno trascritto il loro titolo, e allora non è possibile prendere iscrizione sopra i beni passati in loro dominio. La seconda, che non ancora hanno trascritto il loro titolo, ed allora non possono venir considerati come aventi causa di fronte ai creditori, imperciocchè il loro atto di acquisto non è operativo di effetti rispetto ai terzi; quindi il creditore iscrive l'ipoteca sui beni che ne furono gravati, e non tiene conto dell'atto di alienazione che per lui è inesistente. Adunque, il capoverso dell'art. 1996 deve necessariamente riguardare gli aventi causa del debitore defunto; esso malamente potrebbe riferirsi agli aventi causa del debitore vivente (1).

9.°

Annotazione della cessione, della surrogazione o del pegno del credito iscritto.

Il cessionario, la persona surrogata o il creditore che ha in pegno il credito iscritto, può fare annotare in margine o in calce dell'iscrizione presa dal suo autore la cessione, surrogazione od il pegno, consegnando al conservatore l'atto relativo. Ove questo sia una scrittura privata od un atto seguìto in paese estero, si osservano le disposizioni degli articoli 1989 e 1990. Dopo questa annotazione l'iscrizione non può essere cancellata senza il consenso del cessionario, surrogato o creditore pignoratizio, e le intimazioni o notificazioni che occorresse di fare in dipendenza dell'iscrizione, saranno fatte al domicilio eletto dallo stesso cessionario, sur-

(1) Come si concilia la teoria esposta superiormente, col principio che l'ipoteca non si può iscrivere dopo che i beni son passati nel dominio del legatario, trasferimento che si avvera al tempo dell'apertura della successione? Il Ricci (*Corso teorico pratico di Diritto civile,* Vol. X, num. 206) è di avviso che la iscrizione possa prendersi quando il testatore ha posto il debito a carico del legatario, ovvero gli ha imposto soltanto il peso dell'ipoteca.

rogato o creditore pignoratizio per quanto riguarda l'interesse dei medesimi (art. 1994). Senza queste opportune disposizioni i diritti del cessionario, del surrogato e del creditore pignoratizio sarebbero stati esposti al pericolo di perdere la loro più solida guarentigia (1).

La Corte di Cassazione di Roma decise che, nel conflitto tra i diversi cessionari di uno stesso credito ipotecario, o del grado, o dell'ipoteca ad esso annessa, la preferenza deve determinarsi, non dalla priorità della intimazione della cessione fatta al debitore, ma dalla priorità dell'annotazione, perchè ogni variazione nell'ordine dei gradi, per essere efficace verso i terzi, deve risultare dagli stessi libri ipotecari (2). Questa teoria a buon diritto è stata oppugnata dagli scrittori. Il Luzzati, annotando nel *Foro italiano* il pronunziato del Supremo Collegio di Roma, osservava: « Fin qui si era ritenuto che la pubblicità dei vincoli immobiliari fosse ordinata per regolare i soli rapporti tra i creditori di un proprietario ed altri aventi causa dallo stesso proprietario, non mai pei rapporti tra creditori ed aventi causa dai creditori medesimi. E quantunque una pubblicità così estesa possa formare un *desideratum* della legislazione, quantunque si abbiano di essa utili esempi in alcune legislazioni straniere, tuttavia nel sistema seguìto dal legislatore italiano ci pare non s'incontrino soggetti che possano servire di solida base al pronunziato della Cassazione romana, la quale riteniamo essere in questa decisione andata oltre la legge. » Il Mirabelli, dopo di aver francamente chiamato *un errore* la massima accolta dalla Cassazione romana, notava in proposito

---

(1) V. in proposito una importante monografia del Polignani: *Di una riforma desiderabile nel Codice civile italiano per la dottrina della* CESSIO NOMINUM *rispetto ai terzi* (Napoli, 1882). Egli osservava, che « si sarebbe meglio provveduto alla sicurezza dei terzi *obbligando* il cessionario a render pubblica la cessione anche su i registri ipotecarii. » Invece, l'art. 1994 del Codice « non contiene una *jussio*, una regola secondo la quale qualche cosa necessariamente avviene o deve avvenire, ma sibbene un *consilium*, un avvertimento. Il legislatore non si occupa affatto dei terzi, non fa che dare un suggerimento ad esclusivo vantaggio del cessionario. »

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 28 dicembre 1877; nel *Foro italiano*, anno 1878, parte I, pag. 261.

che, nel sistema del Codice, i rapporti giuridici tra i cessionari dello stesso credito iscritto sono regolati dall'art. 1539, disponente che la preferenza fra essi nasce dalla priorità della intimazione al debitore della seguìta cessione, ovvero dall'accettazione fattane dal debitore con atto autentico. Nè la legge distingue, se il credito ceduto sia chirografario, ovvero ipotecario, perchè considera la ipoteca come un mero accessorio che si trasferisce col trasferimento del credito (art. 1541). L'interesse di ciascun creditore ipotecario dello stesso debitore nella sede della graduazione, rispetto ai creditori che lo precedono nella iscrizione, si riduce a questo: accertarsi, se sia esistente un credito; se l'ipoteca, dalla quale è garantito, sia validamente costituita; se la iscrizione possa dichiararsi nulla; e se sia stata conservata sino alla trascrizione della sentenza di vendita. Loro punto non importano le quistioni, che possono sorgere tra i diversi cessionari dello stesso creditore iscritto, se l'una cessione debba preferirsi all'altra, se alcuno sia cessionario del credito, ed altri del grado o dell'ipoteca. Tali quistioni debbono essere risolute colle regole relative al trasferimento dei crediti e dei loro accessori, le quali non si incontrano nel titolo del Codice relativo all'*ordine delle ipoteche* dei creditori dello stesso debitore, ma in quello della *cessione dei crediti*. Ed ivi il Codice italiano, senza alcuna distinzione tra cessione di credito chirografario od ipotecario che sia, e mera cessione di grado o d'ipoteca, non ammette che un solo modo di trasferimento rispetto ai terzi, cioè la intimazione della cessione al debitore o l'accettazione di lui (1).

La dottrina, propugnata dal Luzzati e dal Mirabelli, si trova accolta in un pronunziato della Cassazione di Firenze. Osservava in proposito quel Supremo Collegio, che l'art. 1994 del Codice civile concede al cessionario, alla persona surrogata, al creditore che ha in pegno il credito iscritto, la facoltà di annotare, in margine o in calce dell'iscrizione presa dal proprio autore, la cessione, la surrogazione o il pegno, e la concede al solo e limitato effetto che quelli atti non siano renduti vani mediante la radiazione dell'iscrizione fatta senza il loro consenso. Con questa disposizione la legge, mentre

(1) V. Mirabelli, *Della cessione dei crediti e loro accessorii, per atti tra vivi, a titolo gratuito od oneroso, rispetto ai terzi;* nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano* (Torino, 1889).

autorizza i suddetti individui a iscrivere affinchè l'ipoteca non venga loro radiata, dimostra che è questo il solo pericolo cui si esporrebbero non iscrivendo, e che dal danno di nuove cessioni, di nuove surroghe e di nuovi pegni li libera l'anteriorità dell'atto. Per lo che, nel concorso di più cessionarii, di più surrogati, e di più pignoratarii, *est potior in jure qui est prior in tempore* dell'atto, non *qui est prior in tempore* dell'iscrizione, che tra essi non è necessaria. Non è vero che l'art. 1994 contempli la cessione del credito, la quale non deve essere iscritta, e che perciò non sia applicabile al diverso caso della cessione del grado ipotecario, e che questa, ove sia rimasta clandestina, non possa essere efficace di fronte ai terzi. Quell'articolo infatti parla genericamente del cessionario, e poichè la cessione può farsi non solamente del credito ipotecario, ma ancora del solo grado, perciò l'articolo che non distingue le comprende ambedue nel suo disposto. E che ciò sia vero, che questa interpretazione sia legittima, lo dimostra anche l'art. 2011, il quale, mentre concede al creditore evitto da un creditore anteriore la surroga nelle sue ipoteche sopra altri fondi, non l'obbliga ad iscrivere la surroga affinchè riesca efficace, di fronte ad altri cessionarii, della stessa ipoteca o dello stesso grado, ma lo autorizza ad iscriverla nell'interesse di lui, affinchè non gli venga radiata senza il suo consenso. Di fronte alle quali disposizioni, è vanità nel caso invocare il sistema della pubblicità delle ipoteche; imperocchè questo sistema è regolato dalla legge, e procede nei soli casi e alle sole condizioni e ai soli effetti che sono da essa indicati e prescritti (1).

Allo stesso modo, avuto riguardo a tutto il sistema del Codice e tenuto conto delle disposizioni racchiuse nell'art. 1994, deve ritenersi, col Supremo Collegio di Torino, che il privilegio del pegno non è subordinato, per essere efficace di fronte ai terzi, alla forma della pubblicità. La costituzione di pegno su credito ipotecario è perciò valida, purchè risulti da atto pubblico o da scrittura privata, e sia debitamente notificata al debitore del credito dato in pegno; nè è necessario che sia annotata in margine della iscrizione ipotecaria che ga-

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 12 luglio 1880; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1880, parte I, pagina 404.

rantisce il credito medesimo. Il contratto di pegno ha per unico ed immediato effetto il privilegio del creditore sulla cosa pignorata; condizione del privilegio è la tradizione della cosa stessa pignorata, donde il possesso di questa presso il creditore. La tradizione o si fa *in re*, se il pegno è di cosa corporale; o per la notificazione del contratto, se di cosa incorporale; in questo caso della materiale tradizione tiene luogo la notificazione del contratto al debitore del credito. Questo è tutto intero il sistema del Codice vigente, ed è un sistema completo; donde è da inferire che il privilegio è sol che il contratto di pegno sia provato per scrittura e sia perfetto per la tradizione. Non è necessaria altra condizione che abbia attenenza al sistema di pubblicità dei privilegi e delle ipoteche, perchè il privilegio sussista rispetto ai terzi. Non è necessaria, in primo luogo, per la lettera dell'art. 1879; imperciocchè, se ha detto senz'altro, e senza accennare ad alcun'altra formalità, che il pegno conferisce un privilegio sulla cosa pignorata, dunque non può concepirsi l'idea di privilegio come unica ed immediata conseguenza del pegno se non in rapporto ai terzi. Se si guarda, poi, allo spirito della legge, vuolsi pure ritenere non essere necessario che il privilegio del pegno si subordini, per la sua efficacia, al sistema della pubblicità. Ove si tratti di beni mobili, il possesso equivale a titolo di proprietà, ed è titolo in rapporto ai terzi. Ciò che è la trascrizione per gli immobili, come condizione di trasporto della proprietà, è il possesso pei mobili. L'una condizione equivale l'altra, rispettivamente per le due specie di beni. L'art. 1994 dell'annotazione fa una facoltà pel creditore pignoratizio, e l'averne fatta una facoltà esclude per ciò stesso, che ne abbia fatto una condizione di essenza del pegno: ove ciò la legge avesse voluto, non avrebbe certo rimesso al libito del creditore ciò che sarebbe stato adempimento di una condizione per cui un contratto si perfezioni. Non ha potuto ciò volere, e non lo ha voluto di fatto, perchè l'articolo stesso 1994 esprime la ragione ed il fine di quella annotazione. Vi si disse che, data questa, l'iscrizione del credito « non può essere cancellata senza il consenso del creditore pignoratizio; » che nel domicilio eletto di costui debbono essere fatte le intimazioni e notificazioni occorrenti e relative alla iscrizione stessa. Per l'art. 1994, attinto al Codice austriaco, non si è dunque voluto nulla dippiù degli

art. 1879 e 1881 per la sussistenza del privilegio derivante dal pegno; lo si è voluto assicurare invece mercè un semplice provvedimento di conservazione, e pel caso che il creditore pignoratizio voglia usarne (1).

10.°

Norme di procedura in rapporto alle azioni cui possono dar luogo le iscrizioni.

Le azioni, alle quali le iscrizioni possono dar luogo contro i creditori, sono promosse avanti l'autorità giudiziaria competente, per mezzo di citazione da farsi ad essi in persona propria o all'ultimo loro domicilio eletto. Lo stesso ha luogo per ogni altra notificazione relativa alle dette iscrizioni. Se non si fosse fatta l'elezione di domicilio, o fosse morta la persona o cessato l'uffizio presso cui il domicilio erasi eletto, le citazioni e notificazioni suddette possono farsi all'uffizio delle ipoteche presso cui l'iscrizione fu presa. Ma trattandosi di giudizio promosso dal debitore contro il suo creditore per la riduzione dell'ipoteca o per la cancellazione totale o parziale della iscrizione, il creditore deve essere citato nei modi ordinari stabiliti dal Codice di procedura civile (art. 1999). Quest'ultima disposizione si deve alla Commissione Senatoria. La grande importanza degli atti tendenti alla riduzione della ipoteca o alla radiazione della iscrizione suggeriva la giusta precauzione della citazione a persona, o a domicilio o residenza del creditore. Abbiamo riferite le parole della Relazione fatta a nome della Commissione Senatoria. Ma, giova osservarlo, l'ordinamento contenuto nell'ultimo capoverso dell'art. 1999, fu desunto dall'art. 2258 del Codice Albertino, e con ottimo consiglio ne fu proposta, dalla Commissione Senatoria, la riproduzione nel Codice italiano. E tale ordinamento fu accolto nel Codice Albertino in sèguito alle osservazioni del Senato di Piemonte. Notò il Senato, che il modo di citazione stabilito pei giudizi di purgazione e subastazione degli stabili ipotecati non poteva in egual modo applicarsi alle domande di

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 7 settembre 1881; nel *Foro italiano*, anno 1882, parte I, pag. 135.

rettificazione, riduzione e cancellazione delle iscrizioni ipotecarie. « Nel primo caso, disse il Senato, non vi può essere alcun pericolo, che rimangano celati ed ignorati dal creditore gli atti che si stanno praticando, così per la natura molto clamorosa dei medesimi, come altresì per tanti altri mezzi di pubblicità, che abbondevolmente suppliscono alla di lui citazione personale, quali sono i pubblici proclami, l'inserzione della notificanza nel giornale, e simili. Nel secondo caso, la natura totalmente opposta di simili domande, che per nulla le differenzia da tutte le altre promosse nella via ordinaria, e la mancanza di ogni pubblicità, che supplire possa in qualche modo alla citazione personale del creditore, espongono quest'ultimo al grave rischio di vedersi cancellata in tutto o in parte quell'ipoteca, che costituiva la principale e bene spesso l'unica guarentigia del suo credito, a totale di lui insaputa (1). » D'altra parte, la elezione di domicilio è fatta dal creditore per gli effetti della iscrizione e per le azioni cui la medesima può dar luogo; e poichè i terzi possono agire contro il creditore in forza soltanto della iscrizione da lui presa, l'elezione di domicilio ha tutta l'efficacia di fronte ad essi. Ma il debitore, chiedendo la cancellazione della iscrizione o la riduzione dell'ipoteca, agisce in forza del titolo che ha costituito questa ipoteca; in forza, cioè, di rapporti giuridici anteriori alla iscrizione. Donde promana la conseguenza che, rispetto a lui, non può ritenersi efficace quella elezione di domicilio, che si è avverata per i soli effetti della iscrizione (2).

Il Supremo Collegio di Roma decise a ragione, che l'articolo 1999 del Codice civile, che vuole siano fatte al domicilio eletto le notificazioni relative alle iscrizioni ipotecarie, non esclude che possano anche farsi al domicilio reale dei creditori iscritti. La legge, osservò la Cassazione, ha inteso di rendere più facile, più spedita e meno dispendiosa la procedura per chiunque si trovi nella necessità di mettersi in rapporto coi creditori iscritti, sia per fare annullare, radiare o ridurre le loro iscrizioni (*beninteso, ad eccezione del caso*

---

(1) V. *Motivi dei Codici per gli Stati Sardi*, Vol. II, pag. 679; Genova, 1856.

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, numero 211.

in cui attore sia il debitore), sia per chiamarli ai giudizi di purgazione, di esecuzione e di graduazione (Cod. di proc. civ. art. 668 e 728; Codice civile, art. 2043). Laonde, per la regola, *unicuique licet quod pro se introductum est deserere*, e per l'altra che vieta di convertire in danno un favore della legge, sono a ritenersi valide, comunque fatte alla residenza o al domicilio reale dei creditori, anche quelle notificazioni che a senso dell'art. 1999 si eseguiscono al domicilio eletto nelle loro iscrizioni (1).

11.°

Spese della iscrizione e della rinnovazione.

Le spese dell'iscrizione e della rinnovazione sono a carico del debitore, se non vi è stipulazione in contrario (articolo 2000). Ove la legge avesse poste queste spese a carico del creditore, con evidente ingiustizia si sarebbe scemato quel credito, ch'egli, in virtù della convenzione, della sentenza o della legge medesima, ha diritto di garantire colla iscrizione o colla rinnovazione. Alla regola generale, e questo a noi pare che non ammette dubbio, si deve fare eccezione in rapporto alla iscrizione dell'ipoteca legale che, in forza del numero 3.° dell'art. 1969, spetta al minore ed all'interdetto sui beni del tutore. Non sarebbe conforme a giustizia il mettere a carico del tutore, che esercita un uffizio gratuito, e che presenta una guarentigia reale per l'esatto adempimento del suo dovere, le spese necessarie per l'iscrizione. L'art. 305 del Codice (richiamato dal capoverso dell'art. 329, per quanto riguarda l'interdetto) statuisce, in tema di rendiconto, che si ammetteranno in favore del tutore tutte le spese che saranno sufficientemente giustificate, e riconosciute utili al minore. Ora, non si può disconoscere la *utilità* delle spese erogate per la iscrizione dell'ipoteca legale sui beni del tutore. Quindi, ripetiamo l'osservazione superiormente fatta, non può dubitarsi che le spese medesime non si possono met-

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 17 maggio 1882; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1882, parte I, pagina 178

tere a carico del tutore; il quale, terminata la sua gestione, *debet indemnis discedere*. In riguardo all' art. 2000 del Codice giova pure notare, che la disposizione racchiusa nel medesimo si applica soltanto nei rapporti tra il creditore e il debitore. Per quanto si attiene al diritto finanziario, è il richiedente la iscrizione o la rinnovazione che deve pagare allo Stato le spese dell'una o dell'altra. Beninteso, che se la iscrizione o la rinnovazione si è domandata, come di regola si avvera, dal creditore, e nulla si è stipulato, circa l'onere delle spese, in contrario a ciò che il Codice dispone, il richiedente pagherà alla Finanza l'importo delle spese e poi ne domanderà il rimborso al debitore.

II.

Delle rinnovazioni.

L'iscrizione conserva l' ipoteca per trent' anni dalla sua data. L'effetto dell' iscrizione cessa, se non è rinnovata prima della scadenza del termine (art. 2001). Come fu osservato in Francia nel Consiglio di Stato, quando si discusse l'art. 2154 del Codice Napoleone, l'obbligo della rinnovazione è fondato sulla difficoltà che proverebbero i conservatori nel dover rilasciare uno stato esatto delle iscrizioni che rimontassero ad epoca molto remota. Gli espositori del Codice francese e del Codice italiano adducono, oltre quella che abbiamo dianzi enunciata, altre ragioni, per giustificare il sistema della legge, circa l'obbligo della rinnovazione delle iscrizioni. Spesso si avvera che debitori indolenti non curano di far cancellare le iscrizioni, non ostante che abbiano soddisfatto il debito, per l'osservanza del quale era stabilita l' ipoteca. I registri ipotecari sono ingombrati di iscrizioni che, sebbene non più efficaci, inceppano il movimento delle contrattazioni e nuocciono grandemente al credito. Ora, per queste ipoteche destituite di qualunque efficacia, l'obbligo della rinnovazione è provvidissimo; imperciocchè la mancanza della rinnovazione toglie qualunque forza alla iscrizione (1). An-

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, numero 219.

cora: l'obbligo della rinnovazione dà il mezzo di liberare senza spese un immobile dalla iscrizione ipotecaria. Spieghiamo questo concetto. Si avvera il pagamento di un credito ipotecario in un giorno prossimo a quello in cui deve, pel decorrimento del trentennio, seguire la perenzione della iscrizione. Le ipoteche si estinguono coll'estinguersi dell'obbligazione; è questo il primo modo di estinzione delle ipoteche, che si trova enunciato nell'articolo 2029 del Codice. Il debitore ha interesse a vedere sparire il segno materiale che attesta al pubblico l'esistenza della ipoteca, vale a dire la iscrizione. Ma, nella ipotesi precedentemente figurata, basterà al debitore lasciare libero il suo uffizio alla perenzione. Al momento in cui essa avrà luogo, la iscrizione perderà la sua efficacia, e il debitore sarà così esonerato dalle spese di una cancellazione volontaria o forzata (1).

I Codici preesistenti in Italia stabilivano termini minori per la rinnovazione. Ad esempio, le Leggi Civili napoletane (art. 2048) stabilivano un decennio; il Codice Albertino (articolo 2238) stabiliva quindici anni; ma secondo i medesimi alcune ipoteche andavano esenti dalla rinnovazione, ed altre persino dalla iscrizione. Il Codice italiano volle tutte le ipoteche soggette ad iscrizione, le convenzionali, le giudiziali e le legali; e, per la necessità della rinnovazione, ammise unica eccezione per l'ipoteca legale della moglie. Divenne quindi opportuno, nell'interesse delle persone sottoposte all'altrui amministrazione (dichiarò il Pisanelli nella *Relazione ministeriale*), lo stabilire un termine più lungo per la rinnovazione delle iscrizioni, affinchè non siano pregiudicate nei loro diritti. Parve sufficiente quello di trent'anni che risponde al tempo richiesto per la prescrizione ordinaria. Ed il termine di trent'anni fu reso comune anche alle altre iscrizioni ipotecarie, che non siano prese a favore di persone sottoposte all'altrui amministrazione, per non fare a tal riguardo veruna distinzione che venisse ad alterare l'economia del sistema.

Il Codice dispone che la iscrizione deve essere rinnovata *prima della scadenza del termine*, e questo termine, nel sistema del diritto italiano, è il trentennio. Ma come si deve calcolare questo termine? Il giorno in cui fu presa l'iscri-

---

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 1402; Paris, 1892.

zione e quello in cui spira il termine si debbono computare, per determinare il tempo della rinnovazione? Il Merlin e il Dalloz hanno ritenuto, che si debbono computare nel termine prefinito dalla legge e il *dies a quo* e il *dies ad quem*. Giusta questo sistema, tenuto conto del trentennio che stabilisce il nostro Codice (invece del decennio stabilito dall' articolo 2154 del Codice francese), una iscrizione presa il 1.° gennaio 1867 dovrebbe rinnovarsi al più tardi il 31 dicembre 1896. Il Persil e il Delvincourt hanno insegnato, che non si debbono computare nè il *dies a quo* nè il *dies ad quem*; quindi, accettando questa dottrina, dovremmo dire, che una iscrizione presa il 1.° gennaio 1867 si può utilmente rinnovare il 2 gennaio 1897 (1). Ma la più parte degli espositori del Codice francese e del Codice italiano segue la teoria che, trattandosi della computazione del termine, agli effetti della rinnovazione della iscrizione ipotecaria, non deve abbandonarsi la regola generale, giusta la quale il *dies a quo* non deve comprendersi nel termine, e vi si deve comprendere il *dies ad quem*. Il Borsari, dopo aver detto che la quistione è « battuta e ribattuta, » colle quali parole crede egli di tradurre la frase del Tiraquello (*controversissima controversia*), soggiunge: « Il non contare nel termine il giorno di partenza che non è mai perfetto, ormai è un fatto storico delle legislazioni moderne. Noi abbiamo come regola generale, che nel computo dei termini misurati a giorni e a periodi maggiori, non si comprende il giorno della notificazione, e se misurati a ore, non si comprende l'ora della notificazione (articolo 43, Cod. di proc. civile). La rinnovazione è contata ad anni, e questi anni devono essere interi (2). » Il Ricci opportunamente osserva, che il trentennio assegnato dalla legge si « decurterebbe » di un giorno, ove si volesse comprendere quello in cui l'iscrizione si è presa; imperciocchè in questo caso il trentennio comincerebbe a decorrere dal giorno precedente a quello della iscrizione (3). Il Baudry-Lacantinerie,

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. I, numero 305.

(2) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano*, Vol. IV, parte II, § 4238.

(3) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, numero 220.

riassumendo la dottrina che oggi prevale nella scuola francese, invoca l'impero della massima generale: *dies a quo non computatur in termino.* Accettandosi questa dottrina, che ci sembra ineluttabile, deve dirsi che una iscrizione presa il 1.° gennaio 1867 deve essere (nel sistema del Codice italiano) rinnovata al più tardi il 1.° gennaio 1897 (1).

La perenzione della iscrizione, per mancanza di rinnovazione nei trent'anni, produce la perdita del grado annesso a tale iscrizione. Ma il creditore può, in generale, finchè il suo credito non sia estinto, richiedere una seconda iscrizione; la quale, a far tempo dalla sua data, produrrà gli effetti che produrrebbe una prima iscrizione presa alla medesima data (2). L'espressione che si usa generalmente, nel caso che non siasi rinnovellata l'iscrizione, che questa è *perenta*, tale espressione determina esattamente il concetto, che l'iscrizione non rinnovata si considera come se giammai si fosse presa. Il creditore ipotecario si trova nella situazione in cui sarebbe se non avesse preso iscrizione. Di qui deriva che la ipoteca può esistere, pur essendo inefficace (3). E qui vogliamo richiamare una massima esattissima, enunciata dal Supremo Collegio di Firenze: se la tardiva rinnovazione dell'ipoteca di fronte al debitore, che sia tuttora in possesso dei beni, non importa che perdita del grado; invece rispetto al terzo possessore che abbia trascritto il suo titolo, il ritardo estingue irrevocabilmente il diritto e quindi la stessa ipoteca. « Invano si pretende, osservò la Corte, che se al momento dell'acquisto dell'immobile la ipoteca trovavasi validamente iscritta, e l'acquirente ne abbia cognizione, questi non possa prevalersi della successiva perenzione dell'iscrizione per negare al creditore l'esercizio del suo diritto ipotecario, avvegnachè, a parte il vedere se vigente il romano diritto o secondo altre legislazioni, questa teorica potesse o possa ricevere applicazione, egli è certo che la patria riconosce un unico modo di scienza, quello cioè derivante dalla regolare iscrizione, ossia dalla realtà dell'ipoteca che si immedesima colla sua esistenza (art. 1965); e del resto, se il

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, num. 1407; Paris, 1892.

(2) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. I, § 280.

(3) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXXI, num. 121.

terzo possessore conosce l'esistenza del vincolo ipotecario, sa pure che per precetto di legge il vincolo cessa senza possibilità di nuova vita al verificarsi dei casi da essa stabiliti, tra cui quello d'intempestiva reiscrizione (1). »

L'obbligo della rinnovazione delle ipoteche legali a favore dell'interdetto incombe al tutore, al protutore ed al cancelliere della pretura dove sarà a quel tempo il registro della tutela dello stesso interdetto, sotto le pene comminate nell'art. 1984; cioè a dire, queste persone sono tenute al risarcimento dei danni, ed incorrono in una multa estendibile a lire mille; inoltre il tutore e protutore possono essere rimossi dalla tutela o protutela (art. 2002). Questo articolo si deve alla Commissione Senatoria; della disposizione in esso racchiusa (dichiarò il relatore) ognuno intenderà di leggieri la convenienza e la utilità.

L'obbligo della rinnovazione per conservare gli effetti delle precedenti iscrizioni cessa, nel caso di purgazione, coll'iscrizione dell'ipoteca legale nascente dal titolo di alienazione a norma dell'art. 2042, e nel caso di spropriazione forzata coll'iscrizione dell'ipoteca legale nascente dalla vendita all'incanto contro il compratore pel pagamento del prezzo a norma dell'art. 2089 (art. 2003). Quando l'immobile viene convertito in danaro, ed il diritto dei creditori non è più che un diritto sul prezzo, si comprende facilmente che la iscrizione ha prodotto tutto il suo effetto, e che non è più necessario di rinnovarla. La cosa non è più sottoposta all'ipoteca: *pignus luitur* (2). Questi principî ineluttabili seguiva il nostro legislatore nell'art. 2003; il quale rende impossibili presso di noi le gravi quistioni che si agitano in Francia, in mancanza di una formale disposizione del Codice Napoleone.

La sola iscrizione che va esente dalla rinnovazione è quella della ipoteca legale della moglie: essa, come statuisce l'articolo 2004, conserva il suo effetto senza la rinnovazione durante il matrimonio e per un anno successivo allo scioglimento del medesimo. Tale disposizione fu combattuta nel seno della Commissione Coordinatrice, siccome quella che turbava

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 4 giugno 1888; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1888, parte I, pagina 282.

(2) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, num. 717.

gravemente l'economia del sistema applicato alla tenuta dei registri ipotecari. Ma fu osservato in contrario che, imponendo l'obbligo della rinnovazione dopo i trent'anni anche per l'iscrizione della ipoteca legale della moglie, si sarebbe posta costei nella dura alternativa, o di fare un atto apparentemente ostile contro il marito, o di perdere le cautele della sua dote (1).

Quali forme si debbono seguire per rinnovare la iscrizione? Per ottenere la rinnovazione si presentano al conservatore due note conformi a quelle della precedente iscrizione, contenenti la dichiarazione che s'intende rinnovare la originaria iscrizione. Tiene luogo di titolo la nota dell'iscrizione da rinnovarsi. Saranno osservate dal conservatore le disposizioni contenute nell'art. 1988; cioè, eseguita la rinnovazione, il conservatore deve restituire al richiedente il documento che serve di titolo ed una delle due note, che deve contenere in calce il certificato da lui sottoscritto dell'effettuata rinnovazione (art. 2005). Se al tempo della rinnovazione gli immobili ipotecati appariscono da tre mesi nei registri censuari passati agli eredi o ad altri aventi causa dal debitore, la rinnovazione deve anche essere diretta contro questi ultimi, colle indicazioni stabilite dal num. 1 dell'art. 1987 (nome, cognome, domicilio o residenza, paternità) in quanto risultano dagli stessi libri censuari (art. 2006).

In tema di rinnovazione il Codice dispone che si debbono presentare al conservatore due note; queste note, statuisce il Codice, debbono essere *conformi a quelle della precedente iscrizione*. Ma le une debbono accordarsi colle altre, *come nota col suo metro*, per servirci del bel paragone di Dante? In altre parole, è assolutamente necessario che tutta la serie delle indicazioni che son richieste per la efficacia della iscrizione primigenia sia contenuta nelle note che si presentano per la rinnovazione; ovvero basta il riferimento, per le indicazioni sostanziali, alle note della precedente iscrizione? Gli espositori del Codice che hanno esaminata tale quistione, la risolvono in questo senso, che non è consentito il riferimento alle indicazioni racchiuse nella iscrizione originaria. Le note che si presentano per la rinnovazione debbono contenere tutte le indicazioni volute imperiosamente dalla legge

(1) Verb. num. 42 della Commissione Coordinatrice.

in tema di iscrizione. E quindi deve applicarsi alle note che si presentano per la rinnovazione il precetto racchiuso nell'articolo 1998 del Codice, che l'ommissione o l'inesattezza d'alcuna delle volute indicazioni è causa di nullità nel caso in cui induca assoluta incertezza sulla persona del creditore o del debitore, o su quella del possessore del fondo gravato quando ne è necessaria l'indicazione, o sulla identità dei singoli beni gravati o sull'importare del credito. A conforto di questa risoluzione si è fatto ricorso ad un argomento che ci sembra di molta forza. Scopo della rinnovazione è quello di evitare ricerche fastidiose e difficili nei registri ipotecari, le quali renderebbero quasi che nulli gli effetti della pubblicità; ora, se il terzo, per sapere quale ipoteca si è voluto rinnovare, fosse costretto a ricercare tutte le precedenti iscrizioni nei registri ipotecari, lo scopo della rinnovazione non sarebbe raggiunto, e questa diventerebbe una formalità non avente che uno scopo puramente fiscale. I terzi sarebbero costretti a ricavare ciò che li riguarda « dalla originaria iscrizione, e dovrebbero fare nell'ingorgo degli archivi quelle brigose ricerche che si ebbe cura di evitare. I terzi devono essere illuminati alla prima lettura e non essere obbligati a pescare le notizie in altri documenti, moltiplicando le indagini e non senza pericolo di errare (1). » Questa interpretazione è corroborata dal testo medesimo dell'articolo 2005. Il quale impone che, allo scopo della rinnovazione, si presentino al conservatore due note conformi a quelle della precedente iscrizione. Ora, qual ragione vi sarebbe per rendere obbligatoria la presentazione di queste due note, quando la rinnovazione si potesse eseguire col dichiarare che s'intende rinnovare l'ipoteca iscritta in tal giorno, al volume tale, al numero tale? Obbligo del conservatore è quello di trascrivere il contenuto delle note nei registri ipotecari. Se dunque a lui si debbono presentare le note conformi a quelle della iscrizione precedente, ciò vuol dire che esso deve trascrivere nei registri le indicazioni contenute nelle note, come le deve trascrivere allorchè si tratta della iscrizione primigenia. Ora, se queste indicazioni sono obbligatorie così per la iscrizione, come per

---

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano*, Vol. IV, parte II, § 4243.

la rinnovazione, è conforme alla logica che le ommissioni, le quali producono la nullità della iscrizione, debbano produrre altresì la nullità della rinnovazione (1).

173. Dell' ordine fra le ipoteche.

Bibliografia. — 1.° Bardili, *De his qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur* (Tubingae, 1687);—2.° Beck, *De concursu hypotecarum simplicium* (Alt. 1722); — 3.° Willenbergii, *De prioritate hypothecariorum* (Gedani, 1725); — 4.° Vallois, *Du droit de préférence entre les créanciers hypothécaires* (Paris, 1869); — 5.° Bernardi, *Del subingresso ipotecario per evizione* (negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1873, parte III); — 6.° Petroni, *Se la teoria del subingresso legale, stabilito dall' articolo 2011 del Codice civile italiano, possa profittare ai creditori che stipularono la loro ipoteca innanzi l' attuazione del Codice medesimo* (nella *Gazzetta dei tribunali,* anno XXV, num. 2553; 5 febb. 1873); — 7.° Pescatore, *Dell'ipoteca degli interessi e della loro collocazione allo stesso grado del credito principale* (nella Raccolta *Filosofia e dottrine giuridiche,* Vol. I, Torino, 1874);—8.° Merlino, *Del subingresso ipotecario* (nella *Gazzetta del procuratore*, anno X, num. 51; 5 febb. 1876); — 9.° Castiglioni, *L'articolo 2011 del Codice civile e la sua retroattività* (nell' *Archivio giuridico,* Vol. XXIII, anno 1879); — 10.° Bicci, *Della surroga ipotecaria per evizione in ordine agli articoli 2011 e 2022 del Codice civile* (Torino, 1882); — 11.° Vadalà-Papale, *Il primo alinea dell'articolo 2010 Codice civile e la inefficacia della iscrizione per un cumulo d' interessi maggiore del triennio* (nella *Giurisprudenza italiana,* anno 1883, parte IV, pag. 1 e seg.); — 12.° Paturet, *Du rang des hypothèques* (Paris, 1886); — 13.° Mirabelli, *Della surroga legale secondo il Codice civile italiano* (nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano,* Vol. II, Torino, 1891); — 14.° Castelbolognesi, *Del subingresso ipotecario spettante al creditore parzialmente perdente, quando il creditore preminente con ipoteca più estesa venga collocato in quota proporzionale sul prezzo di tutti i fondi ipotecati* (nel *Foro italiano,* anno 1892, parte I, pag. 1136 e seg.);—15.° Casini, *La garanzia ipotecaria degli interessi con-*

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, numero 226.

venzionali (nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1893, parte IV, pag. 178 e seg.); — 16.° D'Acunzo, *Il fondamento giuridico della surroga ipotecaria per evizione* (Napoli, 1893); — 17.° Criscenti, *L'inciso*, oltre agli interessi successivi, *dell'articolo 2010, primo capoverso, Codice civile italiano* (nel *Filangieri*, giugno 1893); — 18.° Gabba, *L'articolo 2010 Codice civile e la garanzia ipotecaria per gli interessi anteriori al triennio* (nel *Foro italiano*, anno 1894, parte I, pag. 328 e seg.); — 19.° Casini, *Si possono garantire ipotecariamente allo stesso grado del capitale più di tre annate d'interessi a scadere?* (nella *Temi Veneta*, Vol. XX, num. 1; anno 1895); — 20.° Casini, *Ancora sull'art. 2010 del Codice civile* (nel *Foro italiano*, anno 1895, pag. 422 e seg.); — 21.° Gargiulo, *Della surroga ipotecaria per evizione* (V. *Dritto e giurisprudenza*, anno XI, num. 10; 27 agosto 1895).

Lo svolgimento della teoria circa l'*ordine delle ipoteche* ci impone, prima di ogni altro, il richiamo di un principio fondamentale del sistema ipotecario; un principio già da noi enunciato, sulle orme del Codice, nel determinare le differenze tra le due cause di prelazione ammesse dalla legge, i privilegi e le ipoteche. In virtù del diritto di prelazione che sorge dalla ipoteca, un creditore ipotecario è preferito sì ai creditori chirografari, sì ai creditori ipotecari a lui posteriori, sul prezzo dei beni sui quali è imposta l'ipoteca. Mentre, in tema di privilegi, si applica il principio, ch'essi *aestimantur ex causa*, cioè a dire, fra più crediti privilegiati la prelazione viene dalla legge determinata secondo la qualità del privilegio (art. 1953); in tema di ipoteche si applica il principio, ch'esse *aestimantur ex tempore*, cioè a dire, fra più crediti ipotecari, la prelazione vuolsi determinare avuto riguardo alla priorità della data. Qui vogliamo riferire le parole del Negusanzio, la cui opera (lo abbiamo avvertito) ebbe la massima autorità sotto l'impero del Diritto intermedio. Egli così determina la poziorità risultante dall'ipoteca: « Qui prior est in tempore in hypotheca, potior est in jure. Si unus creditor prius contraxit suum creditum sine hypotheca et alius postea cum hypotheca, prioritas hypothecae debet attendi, et illa praefertur (1). » Beninteso, come in sèguito noteremo di proposito, nel siste-

(1) V. Negusanzio, *De pignoribus et hypothecis*, Pars V, secundum membrum, num. 2; Venetiis, 1566.

ma del Codice, *praefertur,* nel concorso di più ipoteche, quella la cui iscrizione è più antica. Non si tiene conto del momento della concessione dell'ipoteca. Appunto tale concetto si vuole esprimere, allorchè si dice, sotto l'impero del Diritto moderno, che la prelazione vuolsi determinare avuto riguardo alla priorità della data. L'espositore del Codice, applicando alla priorità della iscrizione ciò che dice il Corvino in rapporto alla priorità della concessione dell'ipoteca, può ripetere con questo insigne giureconsulto: « Si primus creditor sine hypotheca pecuniam Titio credidit, deinde secundus sub hypotheca, postea primus de hypotheca est pactus; quamvis secundus sit posterior in obligatione principali, est tamen prior in pignore, et proinde primo potior (1). » Avuto riguardo agli ordinamenti del Codice, si può avverare questo caso, che la iscrizione sia presa in primo luogo dal creditore, a vantaggio del quale surse dapprima l'obbligazione principale; ed allora non si tiene conto della priorità nella concessione dell'ipoteca a favore del secondo creditore. E questa determinazione forma oggetto della presente sezione del Codice, che si occupa appunto dell'ordine fra le ipoteche. *Ordine* significa *disposizione*, e l'autore della legge adopera tale espressione per designare il posto che compete a ciascuna ipoteca, nel concorso di più crediti ipotecari. Il posto assegnato all'ipoteca si chiama ancora *grado*; e nel Codice si trova frequentemente la frase: *grado dell'ipoteca* (2).

---

(1) V. Corvino, *Jurisprudentiae romanae summarium seu Codicis Justinianei methodica enarratio,* Lib. VIII, tit. XVIII; Amst. 1755.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. II, num. 5. — Giusta la terminologia dei giureconsulti classici, la parola *ordo,* tra i diversi significati (*series continua, ratio, forma, tenor, consortium, collegium, corpus*) aveva anche quello di *gradus, locus*. V. Dirksen, *Manuale latinitatis fontium juris civilis Romanorum;* verb. ORDO; Berolini, 1837. Cuiacio notava: « Intra hypothecarios (creditores) ordo servatur, etiamsi adversus fiscum et Rempublicam. » *Recitationes solemnes,* Ad L. 4, Lib. VIII, tit. XVIII Cod. (Vol. X, col. 704 dell'ediz. napoletana del 1758).

L

Determinazione del grado dell' ipoteca.

L' ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione, ancorchè si tratti di un contratto di prestito in cui lo sborso del danaro si effettui posteriormente (art. 2007). Il numero d'ordine delle iscrizioni ne determina il grado. Nullameno se più persone presentano contemporaneamente la nota per ottenere iscrizione contro la stessa persona o sugli stessi immobili, le medesime sono iscritte sotto lo stesso numero, facendone menzione nella ricevuta spedita dal conservatore a ciascuno dei richiedenti (art. 2008). Le ipoteche iscritte allo stesso numero e sugli stessi immobili concorrono tra loro senza distinzione di grado (art. 2009).

L' ipoteca costituisce una causa legittima di prelazione (art. 1950). Tenuto conto di questo diritto di prelazione, derivante dall' ipoteca, a favore di colui al quale è concesso, l'iscrizione produce due conseguenze notevolissime, che sono designate con precisione dall'articolo 2007. In primo luogo, l'ipoteca *produce effetto* dal momento della sua iscrizione. In secondo luogo, l'ipoteca *prende grado* dal momento della sua iscrizione.

A) L'ipoteca *produce effetto* dal momento della sua iscrizione. Prima della iscrizione il diritto di ipoteca non si può opporre agli altri creditori del debitore, per farne derivare la prelazione. È soltanto la iscrizione che, nel sistema del Codice, concede all'ipoteca quell'effetto che è proprio dei diritti reali; che essi, cioè, si possono sperimentare *adversus omnes*.

B) L'ipoteca *prende grado* dal momento della sua iscrizione. In altre parole è l' iscrizione quella che determina il posto che occuperà il creditore ipotecario, nel caso che si proceda in sèguito alla espropriazione forzata dei beni del debitore, ed alla *graduazione* fra i diversi creditori, per la distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita. Questo prezzo viene attribuito ai creditori *utilmente* collocati (art. 717, Cod. di proc. civ.). E la collocazione, trattandosi di creditori ipotecari, è fatta appunto col criterio della anteriorità della iscrizione.

La disposizione sancita nell' art. 2008, che il numero d'ordine delle iscrizioni ne determina il grado, costituisce una importantissima innovazione alle regole fermate dal Codice francese e dalle varie legislazioni che preesistevano in Italia. Questa innovazione, introdotta la prima volta nel progetto Pisanelli, ebbe ad incontrare forti opposizioni. Il Panattoni, nella Camera elettiva, osservava, che, accettando il sistema del Progetto, il numero di anteriorità delle ipoteche registrate nello stesso giorno poteva essere di semplice favore. « Il villanello, il quale pur giunse il primo nell'anticamera, sarà preceduto dal signore nell'ingresso, e rischierà di diventargli posteriore nell'ipoteca. » Presso la Commissione Coordinatrice, il Bartalini disse preferibile al sistema del Progetto quello del Codice francese, secondo cui le ipoteche iscritte in uno stesso giorno concorrono egualmente senza distinzione dell' ora in cui sono seguìte le iscrizioni (1). « Col sistema del Progetto l' essere o non iscritto in grado utile può dipendere dall'arbitrio del conservatore, può dipendere da mere eventualità, come dall'essere il creditore più vicino all'uffizio delle ipoteche, o dal trovarsene più lontano, dall' avere esso più facili o meno facili i mezzi di comunicazione. Vero è che l'art. 2033 (del Progetto, art. 2008 del Codice) stabilisce che, se più persone presentano contemporaneamente la nota per ottenere iscrizione contro la stessa persona, o sugli stessi immobili, le medesime sono iscritte sotto lo stesso numero; ma che s'intende quando si dice *contemporaneamente?* Vuolsi qui accennare al caso, che più persone si trovino al tempo stesso nell'ufficio del conservatore, o al caso in cui più persone gli sporgano nel medesimo momento la nota per otte-

---

(1) Ecco il testo dell'art. 2147 del Codice francese: « Tutti i creditori iscritti nello stesso giorno hanno fra di essi un' ipoteca della stessa data, senza distinzione fra l'iscrizione fatta nel mattino e quella fatta nella sera, quantunque tal differenza fosse stata indicata dal conservatore. » Di questo articolo così fu data ragione: « On a voulu prevenir la collusion du conservateur avec quelqu' un des créanciers qui se présenteraient le même jour; et pour ôter au même la faculté de donner l'antériorité à qui bon lui semblerait. » V. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d' État,* sull'art. 2147 del Codice; Paris, 1805-1821.

nere l'iscrizione? E se il conservatore non iscriverà sotto lo stesso numero tutte le persone, che gli abbiano presentato contemporaneamente la nota per la iscrizione, come potrà la persona posposta provare che ha presentato la sua nota contemporaneamente a colui che le fu anteposto? » Il Mancini, a titolo di conciliazione, propose che si tenesse conto dell'ora, quando ne fosse risultato da atto autentico. « Il creditore si presenterà all' ufficio del conservatore con un notaio e due testimoni. Il notaio farà constare se quel giorno già si erano, o non si erano ancora presentate altre domande d'iscrizione; poi dichiarerà a che ora siasi presentata la nota di colui, dal quale fu richiesto. Potranno invocare il beneficio dell'ora coloro che avranno fatto constare di essa con questa misura più solenne di precauzione; gli altri creditori iscritti nello stesso giorno avranno tutti il medesimo numero. Con tale sistema ci ripariamo contro l'arbitrio dei conservatori, evitiamo le frodi, e insieme rispettiamo il diritto alla priorità del creditore più diligente. » Il Pisanelli, pur trovando ingegnoso il concetto di questa proposta, non lo reputò *attuabile in pratica*. « Accolto simile sistema, tutti i creditori si presenteranno col notaio; e non pare conveniente porre il conservatore accanto sempre ad un altro pubblico uffiziale, e collocarlo talvolta in mezzo al conflitto delle parti e dei notai. Si adotti o l' un sistema o l' altro, ma netto e reciso. » Fu approvato il sistema del Progetto, il quale era stato difeso in tal guisa dal Precerutti, in risposta alle censure che al medesimo avea fatte il Bartalini: « I temuti inconvenienti non possono aver luogo senza gravi abusi da parte del conservatore, e questi abusi certo non saranno frequenti, sia perchè vi è impegnata la responsabilità di lui, sia inoltre perchè quegli che si presenta per fare iscrivere un' ipoteca, vede coi propri occhi quando il conservatore ne nota la iscrizione sul registro di ordine progressivo. Il caso poi, che più persone si presentino contemporaneamente, succederà ben di rado; e la legge vi provvede in modo conveniente, disponendo ch'esse vengano iscritte sotto lo stesso numero. Il sistema preferito dal Bartalini (quello accolto dal Codice francese), oltre al poter produrre anch' esso seri inconvenienti, è pure ingiusto. Ha degli inconvenienti, perchè chi iscrisse un giorno non può mai essere tranquillo, finchè l' ufficio delle ipoteche sta aperto, che altri non sia collocato allo stesso suo

grado. È ingiusto, dappoichè quegli che fu più diligente ha diritto di avere il premio della sua diligenza (1). »

Il sistema accolto dal Codice italiano è pienamente conforme a quello del Diritto romano; beninteso, che la conformità deve essere considerata sanamente, imperciocchè la forma della *iscrizione* è propria del Diritto moderno. Giova ricordare le parole di Giovanni Voet: « Caeterum non ex dierum tantum sed et horarum distantia praelatio in pignore censenda est; cum leges generaliter loquantur, ac definiant, tempore priorem jure potiorem esse, nullam adhibentes inter annos, menses, dies aut horas distinctionem; ut proinde sufficiat, unam obligationem pignoris aliquo tempore perceptibili antiquiorem esse (2). » Il nostro Codice facea quindi ritorno alle pure tradizioni del giure latino.

Avuto riguardo all'ordinamento del Codice, anche in rapporto alle ipoteche legali che spettano alla moglie, ai minori ed agli interdetti, si applica il principio che l'ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione. Ben è vero che l'art. 1982 assegna al marito e al notaio che ha ricevuto l'atto di costituzione della dote, il termine di venti giorni per la iscrizione della ipoteca legale che compete alla moglie sui beni del marito. Ma vuolsi ritenere come un principio indiscutibile che, sebbene iscritta entro i venti giorni dalla data dell'atto, il grado della ipoteca è determinato giusta il criterio generale, si ha riguardo al *momento della iscrizione*. Alla regola generale si deve fare eccezione per la ipoteca legale che spetta al venditore od altro alienante, sopra gli immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione (art. 1969, num. 1). Giusta il primo capoverso dell'art. 1942, sinchè non sia se-

(1) Verb. num. 42 della Commissione Coordinatrice.

(2) Continua il Voet: « Quod si duobus simul res eadem pignori obligata fuerit, magis est, ut simul in eam rem concurrant pro rata debiti, sive res illa tempore obligationis fuerit in bonis obligantis, sive postea demum ei quaeratur. Idemque est, si duobus separatim res eadem devincta sit, nec appareat utri prius jus hypothecae sit constitutum; quod et non apparere videtur, cum uni obligationis instrumento hora invenitur inserta, alteri non, nec quicquam de hujus hora probatur. » *Comm. ad Pandectas*, Lib. XX, tit. IV, num. 29; Hagae-Comitum, 1731.

guìta la trascrizione, non può avere effetto a pregiudizio dell'ipoteca concessa all'alienante, alcuna trascrizione od iscrizione di diritti acquistati verso il nuovo proprietario. Suppongasi che taluno prenda un' iscrizione ipotecaria contro l'acquirente, prima che siasi trascritto il titolo di acquisto. Il conservatore, cui in sèguito si domanda la trascrizione dell'atto di acquisto, è tenuto ad iscrivere contemporaneamente l'ipoteca legale in favore dell'alienante pel prezzo non pagato (art. 1985). Ora questa ipoteca, sebbene iscritta posteriormente, prende grado anteriore a quella iscritta precedentemente. In altri termini, l' ipoteca del venditore conserva la sua prelazione, sebbene non iscritta, fino a che non sia trascritto il titolo di acquisto. Adunque, osserva benissimo il Pacifici-Mazzoni, nel sistema del Codice, in favore dell' ipoteca legale dell'alienante, è stabilita una eccezione al principio assoluto della pubblicità; eccezione la quale importa per conseguenza, che una iscrizione ipotecaria, sebbene posteriore, ha prevalenza sulle altre eseguite anteriormente (1). Ma tale prevalenza può essere giustificata? Doveva il legislatore, in tema d' ipoteca legale dell'alienante, derogare al sistema generale? Il capoverso dell' articolo 1942, da noi superiormente richiamato, deve giudicarsi « una malaugurata disposizione, la quale ha guastato il bel sistema ipotecario che il legislatore aveva costruito in altra parte del Codice con un coraggio veramente unico fra tutti gli imitatori del Codice Napoleone, sulle basi della specialità e della pubblicità (2). » Nel sistema del Codice italiano, l' ipoteca legale che spetta all'alienante assume il carattere di un *vero privilegio occulto*. « Indarno si cercò di giustificarlo, invocando l' equità, la quale non permette, che l' alienante da un momento all'altro possa diventare un semplice creditore chirografario, senza poziorità. Imperocchè non si comprende, come l'equità possa reclamare un trattamento eccezionale per l'alienante; quasi che il credito risultante da un atto di vendita fosse più legittimo di quello risultante da un atto di mutuo. Chi dà a mutuo con ipoteca non si espone forse al pericolo

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. II, num. 8.

(2) V. Gabba, *Studi intorno all' istituto della trascrizione;* negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1868, parte III, pag. 78.

di diventare soltanto creditore chirografario, nel caso che non iscriva la sua ipoteca in grado utile (1)? » Queste censure non ci sembrano immeritate.

Statuisce il Codice, che l'ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione, *ancorchè si tratti di un contratto di prestito in cui lo sborso del danaro si effettui posteriormente.* E, veramente, per la efficacia della ipoteca, deve bastare che il debitore abbia già contratta l'obbligazione di restituire, sebbene tale obbligazione sia subordinata alla condizione dello sborso effettivo del danaro promesso, da parte del creditore. L'ipoteca, come è detto espressamente dal Codice, prende il suo grado, non dal momento in cui si è avverato lo sborso del danaro, ma invece dal momento della iscrizione. L'obbligazione a carico del debitore, di restituire la somma, è stata assunta anteriormente allo sborso di questa somma, e quindi anche anteriormente è surta la guarentigia ipotecaria, che costituisce un accessorio dell'obbligazione personale. Adunque l'ipoteca deve prendere il suo grado, non dal momento in cui il danaro realmente si è sborsato, ma dalla data della iscrizione (2).

L'ipoteca prende grado dal momento della sua iscrizione, anche quando, assegnata nell'atto da cui promana l'ipoteca una causa dell'obbligazione, e adempita la formalità della iscrizione, in sèguito alla prima venga sostituita un'altra causa. Ad esempio, l'ipoteca è iscritta per garantire un prestito di danaro, di cui lo sborso non ancora si è avverato. Dopo l'iscrizione, il debitore consente a riceversi una somministrazione di merci, invece del danaro. Il grado della ipoteca è quello della iscrizione. Troviamo in proposito un pronunziato del Supremo Collegio di Torino, che rende ossequio a tale dottrina. La Corte incomincia col richiamare il concetto generale dell'ipoteca. Questa: « ai termini dell'articolo 1964 del Codice civile, è un diritto reale costituito sopra beni del debitore (o di un terzo) a vantaggio di un creditore, per assicurare sopra i medesimi il soddisfacimento di una obbligazione; per cui, purchè lecita, può concedersi ipoteca, e così anche per crediti eventuali o futuri, non essendo stabilito per

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. I, num. 147.

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, numero 228.

legge, che l'obbligazione debba essere attuale; soltanto è indispensabile che tra le parti siasi formato quel vincolo giuridico che le obblighi entrambe ed in modo corrispettivo, perchè a questo vincolo dia origine la cauzione ipotecaria. » E poco dopo soggiunge: « L'ipoteca si stipula, non già in rapporto alla particolare causale, ma più veramente in relazione al debitore, che non presentando al creditore sufficiente garantìa personale, è tenuto dargliene una reale sui beni a lui spettanti; difatti, come si disse, l' ipoteca è un diritto reale per assicurare il soddisfacimento di un'obbligazione; e qualora nulla sia mutato nelle persone dei contraenti é nella essenza del debito, la variazione nell'indole della convenzione non rende inefficace la stipulazione della guarentigia; oltredichè l'incertezza sulla causale, o natura del titolo, non produce nullità della iscrizione ipotecaria, qualora non vi si congiunga l'assoluta incertezza sulle persone del creditore o del debitore, o sullo importare del credito (art. 1987 e 1998 del Codice civile (1). »

Il grado dell'ipoteca esercita la sua efficacia in rapporto ai crediti puri e semplici, ai crediti a termine, ed a quelli eventuali o condizionali. Ma, per quanto riguarda il modo della collocazione, vi sono delle differenze tra le diverse specie di crediti. Allorchè trattasi di un credito puro e semplice, il creditore può, nel giudizio di graduazione che si apre per la distribuzione del prezzo dell'immobile, domandare una collocazione attuale e definitiva. Ciò si avvera anche quando il credito non è scaduto. Coll'apertura del giudizio di graduazione i crediti con mora diventano esigibili; ove però tali crediti non producano interessi, la somma collocata sarà depositata nella cassa dei depositi giudiziali, e gl'interessi saranno pagati a chi di ragione (art. 2090). Allorchè si tratta di un credito sottoposto ad una condizione sospensiva, il creditore non può pretendere una collocazione attuale; egli può soltanto domandare una collocazione eventuale, coll' obbligo, a carico dei creditori posteriori cui siano assegnate le somme destinate alla sua collocazione, di restituire all'occorrenza le somme esatte (art. 2091). Se il credito è sottoposto ad una condizione risolutiva, il creditore può chiedere una colloca-

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 14 febbraio 1878; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1878, parte I, pag. 414.

zione attuale, ma deve dar cauzione di restituire ai creditori posteriori, nel caso che si verifichi la condizione, la somma a lui assegnata (1). Ben è vero che l'art. 2091 statuisce in generale, che la collocazione dei crediti eventuali e *condizionali* non impedisce il pagamento dei creditori posteriori, sempre che questi diano cauzione di restituire all'occorrenza le somme esatte. Quindi, a prima fronte, sembra che, anche trattandosi di credito sottoposto ad una condizione risolutiva, le somme si debbono assegnare ai creditori posteriori, tenuti peraltro a dar cauzione. Ma tale interpretazione non si può accettare. Nell' articolo 2091 la voce *condizione* è presa nel suo proprio significato, cioè a dire in quello di condizione sospensiva. Abbiamo osservato in sede opportuna, che il contratto, sottoposto ad una condizione risolutiva giusta la terminologia del Diritto moderno, riceve immediatamente la sua perfezione; presentemente è puro e semplice, e deve essere eseguito come tale. La condizione si riferisce soltanto alla *risoluzione* che può colpirlo. Come dice Ulpiano: « Erit pura emptio, quae sub conditione resolvitur. » (L. 2, D. *de in diem addictione*). L'articolo 2091 non può essere sanamente interpretato, senza tener conto della osservazione del Savigny: quando parlasi di *conditio,* senza altra aggiunta, trattasi di una condizione sospensiva (2). I crediti *condizionali,* di cui è parola nel riferito articolo del Codice, sono i crediti sottoposti ad una condizione sospensiva, ch'è soltanto la vera condizione.

II.

Spese aderenti alla iscrizione del credito.

L'iscrizione del credito serve per far collocare allo stesso grado le spese dell'atto, quelle dell'iscrizione e rinnovazione, e quelle ordinarie che possono occorrere per la collocazione nel giudizio di graduazione (art. 2010). Di ciò non poteva esser dubbio (dichiarò il Pisanelli nella *Relazione ministeriale*), giacchè le dette spese sono un accessorio naturale del debito, e tutti i Codici preesistenti in Italia riconoscevano che

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. II, num. 328.
(2) V. Savigny, *System,* Lib. II, Cap. III, § 120; Berlino, 1840.

le medesime si dovessero parificare al credito stesso. In altre parole, vi sono accessori del credito virtualmente compresi nella iscrizione, accessori che non si possono ritenere occulti solo perchè non si è fatta dei medesimi espressa menzione. Tali sono le spese accennate nell'art. 2010. Si tratta di spese limitate, che ogni uomo d'affari può estimare. Sono così aderenti al credito, così necessarie alla sua soddisfazione, che non fa d'uopo avvisarne il pubblico. D'altronde non si potrebbe, preventivamente, indicare l'ammontare preciso di queste spese (1).

Il Codice determina in proposito tre categorie di spese. In primo luogo, si debbono collocare allo stesso grado del credito le *spese dell'atto,* cioè a dire, le spese dell'istrumento o della scrittura privata da cui promana l'ipoteca; e, trattandosi d'ipoteca giudiziale, le spese della sentenza e quelle della copia necessaria per ottenere l'iscrizione ipotecaria. In secondo luogo, hanno la stessa collocazione del credito le *spese della iscrizione e della rinnovazione;* e, in rapporto alla determinazione di queste spese, non si richiede alcuna spiegazione. Da ultimo, hanno un grado eguale a quello che compete al credito le *spese ordinarie che possono occorrere, per la collocazione nel giudizio di graduazione;* cioè a dire, le spese necessarie per la domanda in graduazione ed anche quelle per i documenti destinati a giustificare il credito nel giudizio correlativo (2).

Nel secondo capoverso dell'art. 2010 è statuito, che le parti possono anche, con patto espresso, estendere l'ipoteca del credito e gli effetti della medesima a spese giudiziali maggiori delle sopra accennate, purchè ne sia presa la corrispondente iscrizione. Quando si tratta di spese strettamente aderenti al credito, la pubblicità risulta dalla legge stessa, che estende alle medesime gli effetti della iscrizione; in altre parole, non è richiesta una pubblicità speciale in rapporto alle medesime. Le parti possono, di comune accordo, estendere ancora più oltre gli effetti della iscrizione; possono, ad esempio, convenire che debbono avere lo stesso grado del

(1) V. Borsari, *Commentario del Codice civile,* Vol. IV, parte II, § 4245.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. II, num. 11.

credito anche le spese che si debbono erogare nel giudizio promosso contro il debitore per farlo condannare al pagamento, nel caso ch'egli non assolva spontaneamente l'obbligazione. È consentita alle parti tale estensione; la quale, peraltro, sarà efficace, sol quando, nei registri ipotecari, si rende pubblica, colla corrispondente iscrizione (1). La facoltà di estendere gli effetti della ipoteca a spese giudiziali maggiori di quelle enunciate dal Codice, riconosciuta espressamente nella Legge ipotecaria toscana, fu ravvisata consentanea a quei principî di libertà nei contraenti che informano il Codice italiano, mentre essa non derogava per nulla al principio della pubblicità delle ipoteche. Abbiamo richiamate le parole della *Relazione ministeriale* del Pisanelli.

Le spese di surroga nel credito ipotecario non entrano come ordinarie per l'applicazione dell'art. 2010. Osservò in proposito la Cassazione di Torino, che la disposizione, contenuta nell'art. 2010, secondo cui il grado ipotecario conceduto al credito si estende anche alle spese, parte dal concetto che siano insite e necessarie alla efficienza del credito assicurato colla ipoteca di cui si tratta, ed alla contingenza di doverlo realizzare sul ricavato dalla vendita, interpretandosi così la volontà delle parti nella costituzione di essa, nel senso che le spese relative a tale scopo godano gli stessi vantaggi del credito. Per questo si concesse il grado del credito *alle spese dell'atto, a quelle della iscrizione e rinnovazione, alle ordinarie che possono occorrere per farlo collocare nel giudizio di graduazione,* come nell'art. 2010 si legge. Ma, trattandosi di prelazione, non è certamente permessa la estensione. Le spese dell'atto di surroga di fronte ai terzi non sono necessarie alla collocazione, perchè il surrogato, nel giudizio di distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita, rappresenta il surrogante, nulla di più. Inoltre le surroghe potendosi accumulare senza limiti, il fare entrare le relative spese come ordinarie, per l'applicazione dell'art. 2010, esporrebbe i creditori posteriori a falcidie indefinite sul prezzo da distribuirsi, con evidente loro pregiudizio e contro lo spirito della legge (2).

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, num. 230.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 10 aprile 1885; nella *Legge,* anno XXV, Vol. II, pag. 228.

III.

Interessi aderenti alla iscrizione del credito.

L'iscrizione di un capitale che produce interessi, se la misura di questi vi è enunciata, serve inoltre per far collocare allo stesso grado gli interessi dovuti per le due annate anteriori a quella in corso al giorno della trascrizione del precetto fatta a norma dell' articolo 2085, oltre agli interessi successivi, senza pregiudizio delle iscrizioni particolari prese per maggiori arretrati dovuti, le quali hanno effetto dal giorno della loro data (1.° cap. dell'art. 2010). Avuto riguardo al sistema del Codice, per quanto si attiene alla prescrizione degli interessi dei capitali fruttiferi, per cessazione di pagamento, fa d'uopo distinguere il caso in cui la prescrizione è stabilita a vantaggio del debitore dall'altro in cui è stabilita a vantaggio dei terzi. Essi si prescrivono in *cinque anni* a vantaggio del debitore (art. 2144); in *tre anni* a vantaggio dei terzi (1.° cap. dell' art. 2010). Adunque, scadute e non pagate due annate d' interessi, il creditore, nel corso della terza annata, deve esser sollecito di promuovere contro il debitore l'azione ipotecaria, iniziando il giudizio di esecuzione immobiliare. Così facendo, l'ipoteca iscritta del capitale gli servirà per far collocare allo stesso grado gli interessi dovuti e non pagati per le due annate anteriori, e quella in corso al giorno della trascrizione del precetto, cioè al giorno del promosso giudizio in via ipotecaria. Pei maggiori arretrati il creditore negligente non ha che a prendere un' iscrizione speciale e distinta, la quale non attribuisce altra priorità che quella della data propria; essi sono ancora un credito ipotecario, ma disgiunto dal capitale, e collocabile soltanto dopo quei terzi, che abbiano preso iscrizione anteriormente a quella speciale che la legge riserva al creditore negligente. Gli interessi *arretrati,* che conservano il grado ipotecario del capitale, sono le due annate scadute prima della istituzione del giudizio ipotecario, ed anche la terza intera, purchè, nel corso della terza, l' azione ipotecaria, colla intimazione e trascrizione del precetto in via immobiliare, si sia finalmente introdotta. Ma quale sarà la sorte degli interessi *successivi*? Trascritto il precetto, quanto tempo non suole

trascorrere prima che sia ordinata la spropriazione, eseguita la vendita pubblica, fatta ed accertata la graduatoria dei creditori? Intanto gl'interessi dei capitali fruttiferi continuano a prodursi; e alla domanda, se essi saranno pure collocati allo stesso grado del capitale, la legge risponde affermativamente, dicendo: *oltre agli interessi successivi*. La legge limita a tre annate la collocazione degli interessi anteriori al giudizio, ma non limita la collocazione dei successivi al giudizio, ordinandola espressamente e senza restrizione. Adunque, come decorrono, così saranno graduati col capitale sino al giorno del pagamento effettivo del capitale che li produce (1).

Nel sistema del Diritto romano, gli interessi avevano un grado eguale a quello del capitale, e non faceasi alcun discernimento in rapporto al tempo. Nelle fonti si trova un frammento di Scevola, così concepito: « Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris, acceptis pignoribus: eidemque debitori Maevius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit. Quaero: an Titius non tantum sortis, et earum usurarum nomine, quae accesserunt, antequam Maevius crederet, sed etiam earum, quae postea accesserunt, potior esset? Respondit, Lucium Titium, in omne, quod ei debetur, potiorem esse. » (L. 18, D. *qui potiores in pignore vel hypoth. habeantur*). Nel sistema del Codice, l'iscrizione della ipoteca presa pel capitale estende la sua efficacia per gl' interessi, solo alle due annate anteriori ed a quella in corso al giorno della trascrizione del precetto, oltre agli interessi successivi. Per altre annate d'interessi, il creditore deve prendere iscrizione, a misura che scadono, e l'ipoteca prende grado ed ha effetto dalla data dell'iscrizione. Come notava il Supremo Collegio di Roma, l'articolo 2010 del Codice in parte conferma l'antico Diritto ed in parte lo modifica, in quanto limita gli effetti della iscrizione primigenia a sole tre annate d' interessi. E il limite è stato imposto dal sistema di pubblicità, che è la ragion d'essere dell' ipoteca attuale. « Si è voluto escludere la possibilità che il terzo ignorasse l' esatto ammontare delle somme iscritte; che l'accrescersi d'interessi considerevoli pri-

---

(1) V. Pescatore, *Dell'ipoteca degli interessi e della loro collocazione allo stesso grado del credito principale;* nella Raccolta *Filosofia e dottrine giuridiche,* Vol. I, Cap. XX (Torino, 1874).

vasse i creditori posteriori del pagamento dei loro capitali; che un debitore colludesse con uno dei suoi creditori la simulazione d'interessi non pagati. Se null'altro che questo, comparativamente anche all'antica giurisprudenza, è il significato a doversi dare all'art. 2010, non può dirsi che per gli interessi al di là delle tre annate non ci sia un'ipoteca convenzionale (1). »

Ma è consentito, in forza di convenzione, di prendere iscrizione per un dato numero di annate d'interessi da scadere, simultaneamente alla iscrizione della ipoteca pel capitale? In altre parole, Tizio prende iscrizione ipotecaria a guarentigia della restituzione di un capitale produttivo d'interessi, e dichiara che gli effetti della iscrizione si debbono estendere a cinque annate d'interessi, nel caso che alla scadenza non siano pagati. Il debitore ha prestato il suo assenso a questa estensione degli effetti della iscrizione. La volontà delle parti deve essere rispettata? Gli annotatori della *Legge*, glossando la sentenza della Cassazione romana, dianzi richiamata, si propongono la quistione: può simultaneamente alla iscrizione dell'ipoteca sul capitale pigliarsi per convenzione iscrizione per un dato numero di annate d'interessi da scadere? E, dopo di avere osservato che la Corte non risolve tale quistione (la quale peraltro non si presentava al suo esame), soggiungono: « L'affermativa non pare controvertibile a fronte dello stesso articolo 2010, pel quale la iscrizione implicita delle tre annate ha senza dubbio luogo prima della loro scadenza. Il credito degli interessi a scadere non è un credito futuro, ma un credito a termine, che può bene essere garantito da ipoteca prima della scadenza, e l'ipoteca prende rango dalla data della iscrizione, così per gl'interessi dell'ultimo anno, come per quelli del primo anno. » Questa teoria non si può accettare per due ragioni. In primo luogo, come superiormente abbiamo notato, l'articolo 2010 del Codice importa il concetto che, nel sistema della legge, gl'interessi dei capitali fruttiferi si prescrivono di fronte ai terzi, per cessazione di pagamento, col decorso di tre anni. Ora non è consentito alle parti di privare i terzi di questo vantaggio, stipulando che gli interessi, prescritti perchè non pagati da

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 17 marzo 1884; nella *Legge*, anno XXIV, Vol. I, pag. 797.

tre anni, siano conservati in virtù della iscrizione ipotecaria presa pel capitale. In secondo luogo, se l'art. 2010 permette di prendere *iscrizioni particolari per i maggiori arretrati dovuti*, dichiara immediatamente che tali iscrizioni *hanno effetto dal giorno della loro data*. E questo linguaggio del legislatore, soggiungeremo col Pochintesta, è tanto più significativo, se si considera che nello stesso articolo è fatta facoltà alle parti di estendere l'*ipoteca del credito e gli effetti della medesima* a spese giudiziali, maggiori di quelle enunciate dal Codice, purchè se ne sia presa la corrispondente iscrizione. È ovvio, infatti, che se il legislatore avesse voluto permettere alle parti di estendere l'ipoteca del credito e gli effetti della medesima anche a maggiori arretrati dovuti, lo avrebbe dichiarato; non avrebbe detto, invece, che per i maggiori arretrati si debbono prendere iscrizioni particolari, le quali però non hanno effetto che dalla loro data (1).

Abbiamo osservato che il Supremo Collegio di Roma, nella sentenza del 1884, non risolveva la grave quistione su cui dianzi ci siamo arrestati. Ma essa si trova risoluta, accettandosi la dottrina cui abbiamo prestato ossequio, in una recente sentenza dello stesso Supremo Collegio, pronunziata a sezioni unite. La legge (decise la Corte) non consente alle parti di estendere la garantìa ipotecaria preventiva ad un cumulo d'interessi maggiore del triennio; e la iscrizione che siasi presa per un cumulo maggiore del triennio è nulla di pieno diritto. Il Codice italiano, come si ricava dal testo dell'articolo 2010 e dai lavori preparatorî, seguì il sistema del Codice francese, delle Leggi Civili napoletane, del Codice Albertino, dei Codici parmense ed estense, e anche del Regolamento Gregoriano, e ripudiò la disposizione del Motuproprio toscano, che sanciva: « Non è impedito alle parti contraenti di estendere l'ipoteca del capitale, e tutti gli effetti della medesima anche ad un cumulo di annate di frutti maggiore del triennio, quando ne formino un patto speciale e ne prendano la corrispondente iscrizione. » Il Codice italiano seguì il sistema dei Codici che preesistevano, i quali aveano riprodotta la disposizione dell'articolo 2151 del Codice francese; e quindi non si potrebbe, volendo interpretare la parola

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. II, numero 341.

e la mente della legge, venire ad una conclusione diversa da quella a cui erano pervenuti gli interpreti di quel Codice. « Riproducendo il nuovo legislatore la precedente disposizione senza modificarla, la riproduceva con quello stesso significato che avea avuto quando vigea la precedente legislazione; anzi si deve ritenere che con riprodurre invariata la disposizione medesima venia nello stesso tempo a rifermare la intelligenza che sino a quel momento vi si era data (1). »

Il ragionamento del Supremo Collegio di Roma, e ciò che precedentemente si è osservato nello stesso senso, attestano luminosamente la interpretazione che deve darsi del sistema della legge. Questo sistema (che pure è stato contrastato in qualche sentenza che non crediamo necessario di riferire) risponde a tutto l'ordinamento accolto dal Codice in tema di pubblicità ipotecaria.

Chiudiamo lo svolgimento del primo capoverso dell'articolo 2010 col ricordo di alcuni pronunziati giurisprudenziali, che ci sembrano meritevoli di nota particolare.

A) Gl'interessi dovuti dall'aggiudicatario sul prezzo dei beni espropriati si distribuiscono nel modo stabilito pei frutti di detti beni. Laonde non hanno diritto di concorrere al reparto degli interessi i creditori iscritti, la cui ipoteca è limitata a garantire il capitale del loro credito. A conforto di questa massima, osservava la Cassazione romana, non esser vero che colla vendita le ipoteche abbiano raggiunta la loro meta; è col pagamento dell'intero prezzo fatto in conformità della sentenza di graduazione, o col pagamento dei singoli mandati rilasciati ai creditori utilmente collocati che la garantìa ipotecaria viene a conseguire il suo intento e quindi a cessare; è allora soltanto che delle iscrizioni ipotecarie può ottenersi la cancellazione. Sta bene, che il compratore è personalmente tenuto a pagare ai creditori il prezzo e gli interessi legali sul medesimo; ma da ciò non consegue che sia alterato il titolo originario dei loro crediti, e che le ipoteche iscritte per assicurare il solo capitale acquistino per la vendita efficacia anche per gli interessi. « Non regge la distinzione che si pretende di fare tra i frutti naturali del fondo

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 28 febbraio 1895; nella *Legge*, anno XXXV, Vol. I, pag. 397.

ipotecato e i frutti civili dovuti dall'aggiudicatario come debitore del prezzo del fondo stesso espropriato. La ragione, per la quale i frutti naturali dalla data della trascrizione del precetto si immobilizzano e vengono distribuiti unitamente al prezzo, è che essi hanno la medesima natura della cosa da cui derivano, e ne costituiscono un accessorio, che seguendo le sorti del principale rimane affetto dalle obbligazioni dalle quali è questo vincolato (arg. dalla L. 7, D. *in quibus causis pignus*, L. 3, Cod. *eod. tit.*). Ora, per identità di fatto giuridico, questa ragione si applica ai frutti civili provenienti dal prezzo di vendita che va a surrogarsi al fondo ipotecato; tanto è vero, che l'art. 2086 del Codice civile, parlando del terzo possessore, ordina che non solo i frutti, ma anche gli interessi da lui dovuti siano distribuiti insieme al prezzo degli immobili, precisamente come è prescritto nel precedente articolo per i frutti naturali percetti, dopo la trascrizione del precetto, dal debitore od altro sequestratario giudiziale (1). »

B) Nell'esecuzione forzata la misura degli interessi da corrispondersi ai creditori ipotecari, e da collocarsi allo stesso grado del capitale, è sempre quella portata dal rispettivo titolo, e non la misura legale, anche per il decorso posteriore alla vendita del fondo ipotecato, e alla iscrizione dell'ipoteca legale in favore della massa dei creditori. La Cassazione di Firenze accettava l'opposta teoria. Omologata la graduatoria, disse la Corte, le iscrizioni ipotecarie in garantìa delle convenzioni non spiegano più alcuna efficacia. Allora, gli interessi del capitale utilmente collocato sono dovuti per effetto della collocazione fissata nella sentenza graduatoria, e quindi non possono misurarsi alla stregua della convenzione, sibbene in ragione del frutto legale. L'art. 2010 del Codice, attribuendo al creditore gli interessi successivi a quelli garantiti dalla iscrizione ipotecaria del capitale fruttifero, non ne fissò la misura, non espresse di volerli in tutto agguagliati agli interessi per le due annate anteriori e per l'annata in corso al giorno della trascrizione del precetto; e siccome diversa è la causa degli uni e degli altri, pur diffe-

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 30 gennaio 1886; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1886, parte I, pagina 107.

rente deve determinarsene la misura a seconda del titolo da cui traggono origine (1). Ma il Supremo Collegio di Torino, con chiarezza meridiana, dimostrava che questa teoria non risponde alla lettera dell'art. 2010 del Codice, non risponde alla intenzione dell'autore della legge. Di fronte all'art. 2010, il quale dispone che l'iscrizione ipotecaria di un capitale producente interessi serve, se di questi sia enunciata la misura, per far collocare allo stesso grado quelli dovuti per le due annate anteriori e per la corrente al giorno della trascrizione del precetto, oltre agli interessi successivi, male si può sostenere, che il decorrere di codesti interessi si tronchi al momento della vendita del fondo ipotecato e della iscrizione dell'ipoteca legale a pro della massa, subentrando nelle more del giudizio di graduazione, e fino a pagamento effettivo del credito, in ragione della quota del prezzo di vendita attribuita a ciascun creditore, l'interesse legale da corrispondersi sul prezzo stesso dal deliberatario. Si dice, che colla vendita del fondo ipotecato i diritti dei creditori ipotecari rimangono inalterabilmente fissi sul prezzo di deliberamento; per modo che nel susseguente giudizio di graduazione, non avendo questo altro obietto che di determinare la parte di prezzo devoluta a ciascun creditore in riguardo alla poziorità delle ipoteche rispettive, la sentenza che emana dichiara bensì quale sia cotale porzione, con effetto retroattivo al giorno dell'aperta distribuzione, ma non può attribuire ai creditori utilmente collocati, in un col prezzo, i frutti posteriormente maturati fino alla liquidazione. Ma « se è fine dell'ipoteca il garantire il credito assicurato fino al pagamento; se effetto della iscrizione ipotecaria è quello di garantire gli interessi relativi per un periodo di tempo, espressamente per legge limitato quanto agli arretrati, ma illimitato quanto ai successivi; se la vendita del fondo ipotecato non esaurisce l'ufficio dell'ipoteca, ma è mezzo soltanto a raggiungerne lo scopo, tanto da durare iscritto, anche dopo il deliberamento e fino al pagamento, il vincolo sul fondo stesso, ad assicurazione del diritto utile di ciascun creditore, e malgrado la iscrizione della ipoteca legale a favore della massa, inserviente a garantire l'azione *ex vendito*, in riguardo al prezzo che sta

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 4 aprile 1881; nel *Foro italiano*, anno 1881, parte I, pag. 929.

presso il deliberatario fino a distribuzione, secondo la poziorità dei gradi; se, per ultimo, la vendita non produce novazione rimpetto al credito, adducendo soltanto la trasformazione del fondo ipotecato nel prezzo corrispondente, con surrogazione ai frutti immobilizzati del primo, degli interessi del secondo, che, come quelli di cui sono rappresentanza, stanno egualmente immobilizzati a mani del compratore, fino a liquidazione definitiva, dopo la quale il rilascio delle note di collocazione genera azione del creditore contro il venditore, per il conseguimento della quota di credito utilmente collocata; cade tutto il sistema del ricorso che, contraddicendo alla lettera della legge e alla finalità propria dell'istituto dell'ipoteca, contraddice ad un tempo a quella che i precedenti legislativi additano come la più vera intelligenza a darsi alla disposizione del succitato art. 2010 (1). »

C) È sufficientemente indicata la misura degli interessi in una iscrizione ipotecaria, quando nella nota sia indicata la cifra complessiva cui ascendono gli interessi di un triennio, potendosi da siffatto ammontare dedurre facilmente la misura dei medesimi. « E veramente, osservò la Cassazione napoletana, non è chi non vegga enunciata la ragione dell'otto per cento sul capitale di lire centomila, nella indicazione della somma di ventiquattromila lire per tre annate d'interessi. Nè si dica indispensabile indicare la misura *sub verbo signanter*, fuori ogni altra espressione equipollente; tanto che per accumularsi la misura degli interessi su centomila lire occorresse dire tassativamente l'otto per cento, anzichè ventiquattromila lire per tre anni, corrispondenti ad ottomila all'anno. Ciò contraddice al fine razionale della legge, che è la determinazione del credito iscritto, e quindi della proporzione ancora in cui sieno per annullarsi gli accessori col decorso del tempo. Onde la legge ha detto pure nel testo dell'articolo 1998, che la sola incertezza assoluta sull'importare del credito possa produrre la nullità della iscrizione (2). » E noi, in propria sede, arrestandoci intorno all'esame di questo articolo 1998, in correlazione coll'articolo 1987, abbiamo

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 17 dicembre 1887; nella *Legge*, anno XXVIII, Vol. I, pag. 477.

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 9 aprile 1891; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1891, parte I, pag. 568.

di proposito fatto notare che la patria giurisprudenza si è mostrata, avuto riguardo al rispetto dovuto alla buona fede, senza lesione del diritto dei terzi, molto larga nella interpretazione del sistema legislativo.

D) Indicata nella iscrizione la misura degli interessi, in essi sono comprese le rate per tassa di ricchezza mobile addossata, in forza del contratto, al debitore. Così decise il Supremo Collegio di Firenze. L'iscrizione non ha effetto che per la somma enunciata nella nota (art. 1997). Ma, per eccezione a tale principio, l'articolo 2010 del Codice stabilisce che la iscrizione di un capitale fruttifero, se la misura degli interessi sia enunciata, serve per far collocare nello stesso grado gli interessi dovuti per le due annate anteriori, e per quella in corso al giorno della trascrizione del precetto, oltre i successivi. In applicazione di tali principii, è da ritenersi che l'onere del rimborso di ricchezza mobile, addossato al debitore, altro non sia che un aumento ed accessorio degli interessi, e come tale, ad esso siano applicabili lo stesso criterio e la stessa regola stabilita per la iscrizione degli interessi; cioè che basti indicare la misura di essi, perchè siano *ope legis* garantite tre annate (1). Nei primi anni dopo la promulgazione della legge che imponeva il tributo della cosidetta *ricchezza mobile*, fu *quaestio vexata* nella giurisprudenza e anche nella dottrina, se fosse ammissibile il patto col quale al debitore è addossato il peso del pagamento di questa tassa. Dai sostenitori dell'opinione negativa dicevasi, che, avuto riguardo alla natura speciale del tributo, che colpisce personalmente il possessore della ricchezza, non può ritenersi valida la convenzione che autorizza il creditore a domandare al debitore il rimborso di ciò che, per questa causa, ha dovuto pagare all'Erario. La sentenza del Supremo Collegio di Firenze suppone che non vi sia dubbio sulla efficacia del patto; ed allora è logica la conseguenza che ne ricava, che l'onere del rimborso di ricchezza mobile addossata al debitore deve essere considerato come un accrescimento degli interessi; garantiti questi colla iscrizione, la guarentigia assicura ancora la prelazione al rimborso dianzi indicato.

---

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 28 giugno 1894; nella *Temi Veneta*, anno 1894, pag. 438.

IV.

Teoria della surrogazione ipotecaria.

L'art. 2011 vuole essere senza dubbiezza considerato come uno fra i più importanti di questo titolo. Esso stabilisce la *surrogazione ipotecaria*, il *subingresso ipotecario*; le due espressioni, *surrogazione* e *subingresso*, designano il medesimo concetto giuridico. Statuisce il Codice: « Il creditore avente ipoteca sopra uno o più immobili, qualora si trovi perdente per essersi sul prezzo dei medesimi soddisfatto un creditore anteriore, la cui ipoteca si estendeva ad altri beni, s'intende surrogato nell'ipoteca che apparteneva al creditore soddisfatto, e può far eseguire la relativa annotazione, come è stabilito nell'articolo 1994, all'effetto di esercitare l'azione ipotecaria sopra gli stessi beni e di essere preferito ai creditori posteriori alla propria iscrizione. Lo stesso diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione. Questa disposizione si applica anche ai creditori perdenti per causa del privilegio stabilito dall'articolo 1962. » L'art. 1962 stabilisce il privilegio dello Stato pel tributo sì diretto come indiretto.

Facciamo ricorso ad un esempio perchè riesca chiara l'ipotesi principale che prevede il Codice. Tizio, il primo gennaio 1890, ha preso iscrizione sul fondo Semproniano e sul fondo Tusculano. Mevio, il primo gennaio 1891, ha preso iscrizione soltanto sul fondo Semproniano. Gaio, il primo gennaio 1892, ha preso iscrizione soltanto sul fondo Tusculano. Se Tizio si fa pagare sul fondo Semproniano, Mevio è surrogato nell'ipoteca di Tizio sul fondo Tusculano, ed è preferito a Gaio, perchè la *propria iscrizione* (1.° gennaio 1891) è anteriore a quella di Gaio (1.° gennaio 1892).

Le ragioni che consigliarono il nostro legislatore ad ammettere la *surrogazione ipotecaria* si trovano così esposte nella *Relazione ministeriale* del Pisanelli: « Stabilita dal Codice francese la specialità dell'ipoteca convenzionale, sorse la quistione, se il creditore avente un'ipoteca sopra uno o più immobili, iscritta dopo un'ipoteca generale, avesse diritto di subingresso in questa per far valere le sue ragioni sopra gli altri immobili sottoposti alla medesima, quando egli riuscisse perdente per l'esercizio di essa sopra i beni specialmente ipo-

tecati a suo favore. Vi furono sentenze che ammisero tale subingresso sulla considerazione, che il contrario avviso fornisse al creditore avente ipoteca generale il mezzo di sacrificare a sua posta l'ipoteca speciale più antica alla più recente. Prevalse tuttavia l'opposta giurisprudenza, ritenendo che la soluzione anzidetta, se rispondeva ai principii di equità, esciva però dal testo della legge in materia di surrogazione. Il Codice sardo, risolvendo la quistione, stabilì che il creditore avente ipoteca speciale, quando per effetto di una ipoteca generale anteriore riesca perdente, avrà diritto di subingresso nell'ipoteca generale sopra gli altri immobili del debitore, all'oggetto di poter fare iscrivere su tali immobili il suo credito ed essere poscia collocato sul prezzo dei medesimi alla data della sua prima iscrizione. Lo stesso diritto fu attribuito ai creditori perdenti in seguito di tale surrogazione. Soppressa dal Progetto l'ipoteca generale, fu quistione se la disposizione del Codice sardo si dovesse riprodurre. Si considerò esservi parità di ragione per ammettere il subingresso del creditore perdente nell'ipoteca generale, come per ammetterlo nel caso dell'ipoteca speciale che colpisca eziandio altri immobili. Può anche avvenire in tal caso, che il creditore che ha un'ipoteca sopra diversi immobili, colludendo col creditore avente ipoteca sopra uno dei medesimi, e ricavandone un premio, promuova la sua azione ipotecaria sopra gli altri immobili vincolati a vantaggio di altro creditore. Egli potrà per tal modo far ricadere a danno di questo creditore, il quale avrà un'ipoteca anteriore a quella del creditore che si vuol favorire, l'esercizio del suo diritto. Ciò non può essere permesso, poichè viene ad alterare indirettamente l'economia del sistema riguardo al principio della poziorità in ragione di tempo. Dalla disposizione emerge poi evidente il concetto, che la surrogazione del creditore perdente non reca alcun pregiudizio ai creditori intermedi, a quei creditori che hanno iscritta l'ipoteca sopra gli altri immobili dopo l'ipoteca più estesa, nella quale si subentra, ma prima dell'ipoteca cui viene accordato il subingresso: questo fa soltanto prevalere il creditore perdente ai creditori che hanno sugli altri immobili un'ipoteca iscritta posteriormente alla sua. Per identità di ragione l'accennato subingresso fu accordato ai creditori ipotecari, che riescono perdenti in conseguenza del privilegio competente allo Stato pei tributi diretti e indiretti. »

L'ordinamento della surroga ipotecaria, stabilita nell'articolo 2011, è integrato dalla disposizione racchiusa nell'articolo 2087; tale disposizione si propone di assicurare l'esercizio della surroga al creditore cui compete. La legge che volle l'istituto della surroga, perchè lo ritenne giusto e vantaggioso alla massa dei creditori, doveva anche provvedere affinchè non venisse a mancare; il che poteva specialmente avvenire pel fatto stesso del creditore evincente, il quale rinunziasse ad alcune ipoteche, riservandosi di esercitare l'azione ipotecaria sopra un sol fondo. In tal guisa si privava il creditore evitto del benefizio che la legge gli aveva attribuito. Ad impedire che il fatto dell'uomo togliesse ogni efficacia al benefizio legislativo, l'articolo 2087 statuisce che il creditore avente ipoteca su vari immobili, dopo che gli venne fatta la notificazione del titolo di acquisto se si tratta del giudizio di purgazione, e dopo la notificazione del bando venale in caso di spropriazione forzata, non può sotto pena dei danni rinunziare alla sua ipoteca sopra uno di quegli immobili, nè astenersi volontariamente dal proporre la sua istanza nel giudizio di graduazione, all'intento di favorire un creditore a detrimento di altro creditore anteriormente iscritto. Sull'art. 2087, posto in correlazione coll'art. 2011, dobbiamo fare due osservazioni, sulle orme del Bicci. In primo luogo, come il provvedimento che contiene è semplicemente un mezzo del quale l'art. 2011 è il fine, così ne deriva che non possa oltrepassare il fine stesso a cui è dalla legge diretto. Quindi, perchè esso non ha altra ragione se non quella di impedire che per la rinunzia parziale dell'ipoteca sopra un fondo venga a mancare la surroga, così esso non impedisce (nè lo avrebbe mai potuto) la rinunzia totale dell'ipoteca medesima, dalla quale invece la sorte dei creditori posteriori sarebbe sempre avvantaggiata. In secondo luogo, è da por mente ai limiti della disposizione medesima. La legge infatti proibisce solamente quelle rinunzie parziali che sono state fatte nei termini da essa prestabiliti; donde deriva che esse siano valide ed irretrattabili, se compiute avanti i termini medesimi. Il Bicci, a tal riguardo, censura il sistema del Codice. « Poichè la ragione della legge consisteva nell'impedire le collusioni del creditore evincente con altri posteriori, a danno degli intermediari, così veramente non si sa vedere come queste collusioni non possano aver luogo anche prima di quei

termini che limitano il disprezzo dell'art. 2011. Tale è appunto la natura di certe disposizioni, le quali sono buone non perchè mettono riparo a tutti i danni, ma perchè ne impediscono la maggior parte (1). » Ma noi, in sede opportuna, riferiremo le ragioni addotte dal Pisanelli, nella *Relazione ministeriale*, per giustificare i limiti fermati nell'art. 2087; e queste ragioni ci sembrano convincenti.

Qualche scrittore ha creduto di dover censurare il sistema del subingresso ipotecario, governato dall'articolo 2011 del Codice; osservando, che esso offende gravemente il principio della specialità delle ipoteche, con istabilire tra esse una *ripercussione* che le trasforma tutte in più o meno generali, e mette in agitazione tutto quanto il patrimonio del debitore. Tale sistema quindi « nuoce grandemente alla facilità delle negoziazioni, perchè obbliga chi voglia iscrivere ipoteca su di un immobile, sul quale si trovi iscritta una ipoteca che si estenda eziandio ad altri immobili, ad informarsi dello stato complessivo del patrimonio del suo debitore per calcolare il risultato di tutte le ripercussioni di cui quell'ipoteca è capace; e non si può dire quanto tornino difficili, ed il più delle volte affatto impossibili, ed assai spesso siano gravidi di dannosissimi errori i calcoli di questa specie (2). » Ma, generalmente, il sistema del Codice è stato applaudito. Si è detto, che la surrogazione ipotecaria, non solo è mirabilmente equa, ma puranco eminentemente utile. « L'utilità di essa si ricava dai motivi ed argomenti stessi che ne provano la giustizia. Il principio di alta equità, che impone di fare ciò che giova agli altri senza nuocere a noi, ci presenta bellamente sposati i due grandi elementi fattori della legge, il giusto e l'utile. È il caso del volgato: *utilitas justi prope mater et aequi*. Non si può fare un migliore elogio al sistema del Codice, se non dicendo che esso rappresenta una perfetta contemperanza e la migliore conciliazione del diritto individuo dell'ipoteca coi diritti dei creditori ipotecari speciali gareggianti, regolati dal canone: *prior in tempore, potior in jure*. Esso è una delle più felici ispirazioni del genio giuridico, e

(1) V. Bicci, *Della surroga ipotecaria per evizione*; nell'*Archivio giuridico*, Vol. IV.

(2) V. Merlino, *Del subingresso ipotecario*; nella *Gazzetta del procuratore*, anno X, num. 51 (5 febbraio 1876).

ci offre una stupenda immagine della magistrale equità del pretore romano. Esso è una gloria nostra patria, una gloria italiana, ove nacque; e non è certo l'ultimo titolo di merito della nostra legislazione (1). »

I Glossatori ci lasciarono la sentenza: *leges in scholis deglutiuntur, in palatiis digeruntur*. In altre parole, la trutina del foro contribuisce molto alla piena intelligenza della legge: e, certo, con questa sentenza non si vuole esprimere il concetto che l'autorità della giurisprudenza debba sostituirsi al rigore ed alla esattezza dei principî della scienza, come pure si ritiene ai dì nostri da parecchi scrittori. Applicando l'imagine usata dai Glossatori, noi possiamo osservare che l'articolo 2011 del Codice, nello stadio della *digestione*, ha fatto scaturire molte e gravissime controversie. E poichè alcune fra queste possono considerarsi come uno svolgimento dommatico dell'articolo dianzi ricordato, crediamo necessario di fare espressa menzione delle massime fermate dalla giurisprudenza prevalente a loro riguardo.

A) L'articolo 2011 del Codice civile italiano non può invocarsi da quel creditore, il quale stipulò la sua ipoteca sotto una legislazione che non ammetteva questo subingresso legale. Invero, gli effetti giuridici delle convenzioni, comprese anche quelle relative alle ipoteche, dovendo essere regolati dalle leggi vigenti al tempo in cui sono stipulate, non possono nè accrescersi nè diminuirsi per virtù di leggi posteriormente sorvenute.

A sostegno della tesi contraria potrebbero elevarsi tre obiezioni: 1.° La sentenza che omologa la graduazione per la distribuzione del prezzo è emanata dopo l'attuazione del Codice civile; 2.° Il tempo decisorio per giudicare, se debba o non debba farsi luogo alla surrogazione, è quello in cui si opera l'estinzione del credito primeggiante, estinzione che non altrimenti si può effettuare, secondo il detto Codice, salvo sotto la condizione della surrogazione in favore del creditore rimasto perdente in sèguito della estinzione medesima; 3.° Gli altri creditori posteriori a quello surrogato non hanno diritto acquisito per essergli preferiti, ma una semplice speranza che loro poteva esser tolta dalla nuova legge,

(1) V. Bernardi, *Del subingresso ipotecario per evizione*; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1873, parte III, pag. 9.

e che dipendeva dal fatto del creditore primeggiante di concorrere alla distribuzione del prezzo di un fondo, anzichè del fondo di un altro.

Non torna difficile rispondere alle tre obiezioni sopra enunciate. Alla prima: la sentenza non essendo attributiva, ma puramente dichiarativa dei diritti delle parti, quella di omologazione non può creare a favore di una parte diritti maggiori di quelli che le competessero in dipendenza dei suoi titoli e delle leggi vigenti al tempo in cui quei titoli ebbero vita. Alla seconda: se la collocazione del creditore avente ipoteca più ampia ha sottintesa la condizione di surrogazione in favore dei creditori che l'hanno meno ampia, ciò deve aver luogo per quei creditori, i cui titoli hanno diritto a tale surrogazione, non in favore degli altri che in forza dei loro titoli ne fossero privi. Alla terza: se è vero, come non può dubitarsi, che i diritti dei creditori sono determinati dai rispettivi loro titoli, non è semplice speranza, ma vero diritto quesito, che non può essere immutato dalla nuova legge, quello del creditore che chiede il prezzo del fondo a lui vincolato preferibilmente all'altro che vorrebbe essere surrogato nella ipoteca del creditore che lo fece rimanere perdente (1).

B) Il subingresso legale, concesso al creditore posteriore con ipoteca speciale, rimasto evitto da un creditore anteriore con ipoteca estesa a più fondi, si esercita su tutti i beni colpiti da questa ipoteca, sieno essi tuttora nel patrimonio del debitore, o si trovino presso terzi possessori (2). Effetto precipuo dell'ipoteca è quello di seguire l'immobile presso qualunque possessore, e di tenervisi attaccata *ut lepra cuti*. Or, concessa la surrogazione al creditore posteriore, è conseguenza giuridica che costui possa esercitare i suoi diritti non solo sopra gli immobili che tuttora si trovano nel patrimonio del debitore, ma eziandio sopra quelli che, in qualunque modo alienati, sono nel dominio di terzi possessori.

---

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 9 febbraio 1871; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1871, parte I, pagina 217.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 27 giugno 1872; negli *Annali,* anno 1872, parte I, pag. 269.

C) Una dottrina diversa deve accettarsi quando si tratta di beni che il debitore non ha mai posseduti, ovvero che cessarono di appartenergli prima dell'iscrizione dell'ipoteca rimasta perdente. Il Supremo Collegio di Roma (a sezioni unite) dimostrò luminosamente, in una magistrale sentenza, che il creditore perdente s'intende surrogato nell'ipoteca che apparteneva al creditore soddisfatto, ma soltanto sugli immobili che, al tempo del contratto dello stesso creditore perdente, erano nel patrimonio del debitore, non su quelli altri che, per titolo debitamente trascritto, si trovavano allora presso il terzo possessore. Questa nuova surrogazione, ammessa dall'articolo 2011 del Codice vigente, consiste nel diritto pel creditore perdente ad essere pagato mediante un'ipoteca altrui, ma riportata al proprio contratto, e come fosse risultante da questo; donde la conseguenza, che se la ipoteca del creditore soddisfatto piglia efficacia pel creditore perdente dalla data del proprio contratto, come non può pregiudicare le ipoteche, non può pregiudicare le alienazioni che la precessero. Il creditore surrogato, la mercè il suo subingresso, non può guadagnare per indiretto quell'ipoteca che, nell'epoca del contratto, era impossibile poterglisi consentire dal suo stesso debitore sopra un fondo che più non era nel patrimonio di lui.

Questa interpretazione, osservò la Corte, mentre è rispondente al sistema della trascrizione, è omogenea al sistema delle ipoteche. Il subingresso sarebbe la riparazione data dalla legge alla incuria improvvida del creditore posteriore ove si adottasse il principio contrario. Appunto perchè, contraendo col suo debitore, ebbe ad avvertire le ipoteche precedenti, appunto per questo gli era dato premunirsi con altra e più illimitata ipoteca di quella evitta. Se, potendo, non usò tanto facile preveggenza, a lui è imputabile il danno, e mal potrebbe rifarsene contro il terzo possessore. Questo sistema d'interpretazione non contravviene neppure a quello del giudizio di purgazione, che erroneamente si obietta al terzo acquirente in materia di subingresso. La purgazione è facoltà, non obbligo. E, d'altra parte, data quella facoltà per liberare gl'immobili da ogni ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del titolo di acquisto, non può riflettere le ipoteche posteriori. Non si può dire dunque, che il terzo possessore debba sottostare al subingresso, perchè non abbia pur-

gato una ipoteca che nol potea riguardare (1). Abbiamo riferiti i punti culminanti della sentenza del Supremo Collegio.

Questa dottrina era pur seguìta dalla Corte di appello di Torino. L'ipoteca, disse quel Collegio, è la garanzia di un'obbligazione personale; per cui non è concepibile che la surrogazione o subingresso, che si risolve nella proroga dell'ipoteca, possa avere luogo se non in quanto il surrogato avesse credito, cioè un'azione personale al confronto di quello a cui appartengono i beni sui quali intende pagarsi del suo credito (2). L'articolo 2011 Codice civile, esplicando il principio che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, soccorre al creditore avente un' ipoteca limitata coll'attribuirgli il diritto di sostituirsi ad altro creditore che lo precede garantito da un'ipoteca più estesa da esuberare il credito. Fu ragionevole provvedere, che dalla volontà del creditore anteriore non dipendesse il pagamento o la perdita del creditore posteriore, il quale se non richiese un'ipoteca più estesa, ha fatto un assegnamento su tutti i beni che il debitore possedeva, ritenendo che il loro valore bastasse a soddisfare lui ed i creditori che lo precedevano. Ma si lederebbero i diritti dei terzi se questo benefizio si estendesse ai beni che il debitore non ha mai posseduti, o cessarono di appartenergli pria dell'iscrizione dell'ipoteca rimasta perdente. Se il creditore perdente potesse esercitare il subingresso ipotecario sui beni che non appartennero mai al suo debitore, od uscirono dal patrimonio di lui pria che fosse iscritta l'ipoteca del creditore subingrediente, ne verrebbe l'assurdo di far pagare i debiti con i beni non propri del debitore, e si sconvolgerebbe il sistema ipotecario che è quello del credito. Un proprietario che avesse beni ipotecati anche per piccola somma, difficilmente troverebbe a vendere gli altri liberi da ipoteca, per timore di vedersi il compratore espropriato non per i debiti esistenti pria del suo acquisto, a far fronte ai quali sarebbero bastati gli altri beni posseduti dal debitore,

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 19 giugno 1884; negli *Annali*, anno 1884, parte I, pag. 388.

(2) Questa proposizione della Corte deve essere intesa sanamente; imperciocchè, nell'articolo 1964 del Codice, è detto in termini espressi, che « l'ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni del debitore *o di un terzo.* »

ma per altri debiti che questi potrebbe ancora contrarre in sèguito. Questo concetto sull'applicazione dell'articolo 2011 è raffermato dall'articolo 2022 dello stesso Codice, il quale accorda l'azione in via di subingresso al terzo possessore espropriato contro i terzi possessori di altri fondi sottoposti ad ipoteca, ma però per gli stessi crediti per i quali fu evitto (1).

D) Allo sperimento della surroga ipotecaria, sancita dall'art. 2011 Codice civile, è condizione indispensabile la minore estensione dell'ipoteca del creditore perdente rispetto a quella del creditore soddisfatto. La surroga non può essere ammessa a favore del creditore, che, avendo ipoteca egualmente estesa, abbia lasciato caducarne gli effetti per mancanza di domanda di graduazione. Riferiamo in proposito il ragionamento del Supremo Collegio di Napoli: « È manifesto che condizione indispensabile allo sperimento della surroga sia la minore estensione della ipoteca del creditore incapiente rispetto a quella del creditore soddisfatto, senza di che mancherebbe la causa efficace ad ingenerarla. Che se il creditore incapiente abbia lasciato caducarne gli effetti per manco di dimanda, non può dirsi in alcuna guisa equiparato al creditore incapiente cui manchi la iscrizione sugli altri fondi soggetti alla ipoteca del creditore soddisfatto; quando non si voglia sostenere l'assurdo che la legge dovesse rendergli per via di surroga quello stesso a cui avrebbe direttamente rinunziato. Nè vale eccepire la miglior condizione fatta al creditore non avente ipoteca, che non a colui che, avendola, ne fosse decaduto; dappoichè la obiezione sembrerà priva affatto di senso legale, quando si consideri che il paragone *in deterius* deriva meno dalla legge, che non dal fatto proprio del creditore: *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intel-*

(1) Corte di appello di Torino; sentenza dei 16 dicembre 1883; nella *Legge*, anno XXIV, Vol. I, pag. 172. La Corte di appello di Torino propugnava la stessa dottrina in una precedente sentenza, dei 16 ottobre 1866; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anni 1866-67, parte II, pag. 225. Osservò, fra l'altro, la Corte che, ammettendo un sistema contrario, ne verrebbe questa assurda conseguenza: che, cioè, il creditore che pretende la surrogazione verrebbe a trovarsi in condizione migliore di quella in cui trovavasi al tempo della costituzione del suo credito ed ipoteca, ciò che sarebbe contrario allo spirito della legge.

ligitur damnum sentire. L'art. 2011 presenta una disposizione equitativa, nel senso che di due danni, l'uno cioè del creditore vinto dall'ipoteca più estesa, e l'altro dei creditori vinti a loro volta dalla ipoteca fatta più larga dalla surroga, ha creduto più grave il primo, e degno di riparazione. Onde sarebbe anche più grave dilungarsi dal testo della legge od allargarne la sanzione per fallaci argomenti di analogia, i quali offenderebbero i principî fondamentali del sistema ipotecario, non appena uscissero dai limiti in cui la legge ha creduto poterne temperare il rigore (1). »

E) La surroga ipotecaria, di cui all'articolo 2011 Codice civile, non può estendersi ai beni ipotecati da un terzo a garantìa del credito dell'evincente. E ciò nemmeno se i beni suddetti sieno, posteriormente alla iscrizione del creditore perdente, passati allo stesso debitore principale. Osservò la Corte di Cassazione di Napoli: « Essendo la surrogazione pedissequa della ipoteca, e per tanto essendo esercibile in quanto il creditore perdente abbia presa iscrizione sul fondo evitto, evidentemente è da questa iscrizione che il diritto di surrogazione si origina, quantunque ne rimanga sospeso lo esercizio sino all'evento dell'evizione. E se tal diritto si origina e determina non altrimenti che dalla iscrizione, è chiaro non potere essere esso esercitato che sui beni ch'erano nel patrimonio del debitore quando la detta iscrizione fu pubblicata, ed i quali avrebbero potuto essere allora vincolati al creditore perdente, come lo erano già stati al creditore evincente; estensione maggiore quindi non è data dall'articolo 2011 alla surrogazione per evizione (2). »

F) Il subingresso, stabilito dall'articolo 2011 del Codice civile, a pro del creditore perdente, può avere effetto solo nella *ipoteca* del creditore soddisfatto, non già nel *grado* della iscrizione di costui. A conforto di questa massima il Supremo Collegio di Napoli in primo luogo faceva ricorso al testo dell'articolo 2011 ed alle dichiarazioni contenute nella *Relazione ministeriale* del Pisanelli. E soggiungeva: « Se oltre la parola della legge si vuole indagare la ragione della stessa,

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 25 giugno 1878; nel *Foro italiano*, anno 1878, parte I, pag. 1014.

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 19 luglio 1894; negli *Annali*, anno 1895, parte I, pag. 7.

si rileva di leggieri la differenza che intercede tra la surrogazione ammessa dal citato articolo 2011 e quella contemplata dall'articolo 1253. Quando un creditore paga con proprio danaro un altro creditore, che gli dev'essere preferito in ragione di privilegi ed ipoteche, è mutata la persona del creditore, ma il credito rimane lo stesso rispetto al creditore. La legge perciò dichiara operata di diritto la surrogazione del creditore che paga in tutte le ragioni del creditore soddisfatto: ed in siffatte surrogazioni è compresa quella nell'ipoteca col grado della sua iscrizione. Il creditore surrogato per effetto del pagamento è stato chiamato l'*alter ego* del creditore soddisfatto. Ma quando il creditore che ha diritto di essere preferito è soddisfatto in un giudizio di graduazione in danno del debitore comune, il credito è estinto con danaro del debitore, cioè col prezzo degli immobili espropriati. In questo caso i creditori che rimangono incapienti, i quali doveano sapere che il creditore anteriore, pur avendo ipoteca iscritta sopra altri beni del debitore, potea venir pagato per lo intero sul prezzo del fondo subastato, dovrebbero nel campo del puro diritto attribuire la incapienza o alla loro poca prudenza o all'evento dell'asta. Il legislatore però con provvido pensiero ha voluto temperare con un criterio di equità le conseguenze che sarebbero derivate dalla rigorosa applicazione di un principio di diritto assoluto, e quindi coll'articolo 2011 stabilisce la surrogazione nella ipoteca del creditore evincente. Con questo sistema nessun interesse vien pregiudicato: il diritto di scelta del creditore anteriore è rispettato, e la condizione giuridica del debitore non è mutata. Nè possono dolersene i creditori aventi ipoteca iscritta posteriormente a quella del creditore evitto, i quali aveano piena scienza che gli immobili, sui quali iscrivevano la loro ipoteca erano già gravati dalla ipoteca iscritta a pro di un altro creditore, e che in detta ipoteca avrebbe potuto essere surrogato un creditore con ipoteca sopra altri fondi, ove fosse stato dal precedente evitto. Per effetto della surrogazione dell'articolo 2011, il creditore perdente trova una garantìa sul fondo ipotecato al creditore soddisfatto, come se fosse stato gravato dalla propria ipoteca. Ma se così fosse in realtà avvenuto, l'epoca della pubblicazione della ipoteca sarebbe stata quella in cui iscriveva la ipoteca propria; quindi non può pretendere un grado anteriore. Ove si ritenesse che il creditore evitto fosse

surrogato nel grado della ipoteca dell'evincente, il favore della legge si convertirebbe in arbitrio con danno dei creditori intermedi, e verrebbe meno il criterio di equità, che lo consigliava (1). »

Il Mirabelli, in una pregevole monografia, rispondeva a coloro che non hanno dubitato di censurare l'ordinamento del Codice italiano in rapporto alla surrogazione ipotecaria, stabilita dall'articolo 2011. I censori del sistema del Codice hanno osservato, fra l'altro, che questa specie di surroga offende la natura dell'ipoteca, non consistendo in sostanza che nel distaccare l'ipoteca dal credito, del quale nacque accessoria, per aggiungerla ad un credito diverso; non si subentra nè nel credito che si estingue nè nel grado dell'ipoteca, ma nella sola ipoteca. « In ciò costoro non s'ingannano, osservava il Mirabelli. La surroga per evizione è nella *sola* ipoteca più estesa dell'evincente per garantire un credito diverso ch'è quello dell'evitto, del quale diventa accessoria, cessando di essere l'accessoria di un credito già estinto, con danaro del debitore non del creditore surrogato, ed anche la data della iscrizione dell'ipoteca non è quella della iscrizione dell'ipoteca annessa al credito estinto, ma è l'altra dell'iscrizione dell'ipoteca di cui è fornito il secondo credito, la quale si viene ad estendere sugli altri beni ipotecati all'evincente. Il che è affatto diverso dalla surroga per pagamento, la quale è nei *diritti* del creditore, e nella ipoteca come accessoria di questi *diritti* con la data della sua iscrizione; anche qui vi è mutazione della persona del creditore, ma non del credito, il quale rispetto al debitore ed ai creditori continua ad essere quello che era, diminuito talvolta, ma non accresciuto; ed il pagamento è fatto dal surrogato; è fatto con danaro suo proprio e non con quello del debitore, tranne nel caso dell'acquirente, il quale se paga col prezzo, da lui dovuto all'alienante, per liberare il fondo acquistato da una temuta azione ipotecaria o revindicatoria, acquista una surroga eventuale per garentirsi dalle possibili molestie ipotecarie e revindicatorie. » Il Mirabelli soggiungeva opportunamente, che i censori del sistema del Codice non pongono mente, che la necessità costituisce il diritto, e che la stessa necessità lo

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 5 luglio 1895; V. *Dritto e giurisprudenza*, anno XI, num. 9 (19 agosto 1895).

svolge e lo adatta ai successivi bisogni umani, *usu exigente*. Un credito ipotecario ha un pregio maggiore di un credito chirografario. Questo pregio, che è tanto maggiore, per quanto è più certa la soddisfazione del credito per virtù dell'ipoteca, di cui è fornito, può essere considerato come un bene, accessorio bensì del credito, ma da esso distinto; onde può essere messo, distintamente, in commercio. Per la qual cosa cominciò a tenersi come valida la cessione del grado, ossia della data del diritto di preferenza annesso ad un credito anteriore a favore di un creditore ipotecario posteriore, e dalla cessione di grado si passò alla cessione dell'ipoteca, ossia al trasferimento dell' ipoteca, accessoria di un credito, a vantaggio di altro credito, che n'era sfornito e del quale diventa accessoria. Sono queste progressive evoluzioni dell'ipoteca, che le leggi sono state costrette, per occorrere ai bisogni sociali, a permettere alle parti, e che esse hanno applicato *di diritto* in quei casi che la necessità dello svolgimento sicuro del credito loro ne avesse manifestato il bisogno (1). Queste considerazioni dimostrano la evidenza giuridica della massima accolta dal Supremo Collegio di Napoli, quando pure sorgesse alcun dubbio sull'accettazione della medesima. Ma a noi sembra che questo dubbio si dovrebbe ritenere impossibile tenuto conto specialmente della locuzione chiarissima con cui è dettato l' articolo 2011, e delle dichiarazioni fatte dal Pisanelli nella *Relazione ministeriale*, allo scopo di giustificare il sistema della legge.

Col ricordo della sentenza della Cassazione napoletana noi chiudiamo la rassegna giurisprudenziale relativa alla teoria della *surrogazione ipotecaria*, governata dall'articolo 2011 del Codice italiano. Nell'esame di questo articolo del Codice, e dell'altro che immediatamente lo precede, abbiamo dato alle decisioni dell'autorità giudiziaria una parte più larga di quella che abbiamo creduto di dover loro assegnare nell' esame di altri istituti del Codice. E non ci riesce difficile spiegare la ragione dell' indirizzo da noi seguìto. Le disposizioni contenute nei due articoli del Codice, precedentemente accennati, sono proprie del Diritto moderno. Per quanto si attiene a

(1) V. Mirabelli, *Della surroga legale secondo il Codice civile italiano*, num. 34; nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano*, Vol. II; Torino, 1891.

quella racchiusa nell'articolo 2010 abbiamo già osservato, che il Diritto antico, per la guarentigia ipotecaria degli interessi, non faceva nessuna distinzione in rapporto al tempo. Per quanto si attiene alla disposizione che forma obietto dell'articolo 2011 abbiamo notato, che essa costituisce un *jus novum*, anche di fronte ai Codici che preesistevano in Italia; imperciocchè il Codice sardo statuiva il subingresso nel caso di una ipoteca speciale rimasta perdente per effetto di una ipoteca generale anteriore. Ed il Codice italiano non riconosce che ipoteche speciali. Ora, trattandosi di disposizioni più o meno nuove nel campo del diritto positivo, ci è sembrato non solo opportuno, ma anche necessario di attingere la esatta interpretazione delle medesime dalle decisioni giurisprudenziali. I frammenti dei giureconsulti classici, le opere degli interpreti, a cui noi, con lungo studio e grande amore, abbiamo fatto ricorso nello svolgimento degli altri istituti del Codice, in questa materia non ci potevano essere di ausilio. Ecco la necessità di far ricorso a quelle raccolte che il Troplong, eminente magistrato e giureconsulto solenne, non dubitò di chiamare un *vasto arsenale di verità e di errori*. Da questo arsenale abbiamo tratte quelle massime che ci sembravano vere; quelle massime il cui riconoscimento ci era consigliato, anzi ci era imposto dai criteri ermeneutici dell'ordinamento legislativo. Il Voet, nell'imprendere la trattazione circa gli effetti dell'azione ipotecaria, osservava acconciamente: « Etsi vulgo actiones a creditoribus adversus debitores intentari solent, tamen ubi debitor solvendo esse desiit, accidit frequenter, ut creditores, omisso debitore, in se invicem ruant, ac magnis inter se animis disputantes de praelatione in bona debitoris, mutuis sese tentent vulneribus conficere (1). » Attesta la esperienza che, quando si avvera la insolvenza del comune debitore, i creditori abitualmente seguono il sistema dei capponi che Renzo avea destinati al dottore Azzecca-garbugli: « quelle quattro teste spenzolate, dice argutamente il Manzoni, s'ingegnavano a beccarsi l'una con l'altra, come accade troppo sovente tra compagni di sventura. » L'applicazione del sistema della surrogazione ipotecaria è un campo propizio per queste lotte; e, per ripetere

(1) V. Voet, *Comm. ad Pandectas,* Lib. XX, tit. IV, num. 1; Hagae-Comitum, 1731.

il paragone del Voet, l'arena giudiziaria, come si trae dalle raccolte giurisprudenziali, così ricche nelle quistioni che si attengono all'articolo 2011, è piena di *feriti* in queste guerre, che talvolta, per la durata del tempo in cui sono guerreggiate, si avvicinano a quella celebratissima dei trent'anni e talvolta la sorpassano!

V.

Fissazione inalterabile dei diritti dei creditori ipotecari.

Nei casi di purgazione e di spropriazione forzata i diritti dei creditori ipotecari rimangono inalterabilmente fissati con la iscrizione dell'ipoteca legale in favore della massa dei creditori a norma degli articoli 2042 e 2089 (art. 2012). Una simile disposizione non si trova nel Codice francese; e dal silenzio di quel Codice derivano gravissime quistioni tra gli scrittori e nella giurisprudenza. Il Codice italiano, coll' articolo sopra riferito, le ha rese impossibili presso di noi; e ci pare che il sistema adottato risponda pienamente ai principî che informano l'ordinamento delle ipoteche. E qui vuolsi osservare, che la disposizione contenuta nell'art. 2012 si collega strettamente con quella racchiusa nell'art. 2003; in virtù di quest'ultimo articolo, l' obbligo della rinnovazione, per conservare gli effetti delle precedenti iscrizioni, cessa nel caso di purgazione coll'iscrizione dell'ipoteca legale nascente dal titolo di alienazione, e nel caso di spropriazione forzata coll'iscrizione dell'ipoteca legale nascente dalla vendita all'incanto contro il compratore pel pagamento del prezzo. Adunque, a quel modo che, per l' iscrizione dell' ipoteca legale, cessa, nei casi di purgazione e di spropriazione forzata, l' obbligo di rinnovare le iscrizioni, essendo i diritti dei creditori iscritti conservati dalla iscrizione della ipoteca legale a favore della massa dei creditori, così, per effetto della iscrizione medesima, i diritti dei creditori ipotecari rimangono inalterabilmente fissati, stante la imminente liquidazione del pegno comune dei creditori medesimi (1). Le due disposizioni, quella dell' arti-

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. II, num. 369.

colo 2003 e quella dell'articolo 2012, s'informano allo stesso concetto, e l'interprete ha il dovere di approvare il sistema accolto dal legislatore.

174. Degli effetti delle ipoteche riguardo al terzo possessore.

Bibliografia.—1.° Inden, *De actione hypothecaria* (Alt. 1590);—2.° Ziegleri, *De actione hypothecaria contra tertium possessorem instituenda* (Erf. 1731); — 3.° Cuculis, *Du délaissement hypothécaire* (Paris, 1870); — 4.° Demasure, *Des droits des créanciers hypothécaires* (Paris, 1871); — 5.° Cousin, *Du droit de suite en matière hypothécaire* (Dijon, 1874); — 6.° Danion, *Du droit de suite en matière de privilèges et hypothèques* (Rennes, 1874);—7.° Robert, *Du droit de suite par hypothèque* (Aix, 1874); — 8.° Pasques, *Du droit des créanciers privilégiés et hypothécaires contre les tiers-détenteurs en matière immobilière* (Paris, 1875); — 9.° Triboulez, *Du droit de suite en matière hypothécaire* (Paris, 1875);—10.° Arnauné, *Du droit de suite en matière hypothécaire* (Toulouse, 1879);—11.° Lebel, *Du droit de suite en matière hypothécaire* (Dijon, 1888);—12.° Le Deuff, *Du droit de suite en matière de privilèges et hypothèques* (Rennes, 1893); — 13.° Reinhold, *Die oesterr. Hypothekarklage* (Vienna, 1895).

Il creditore ipotecario ha diritto di perseguitare la cosa su cui grava la ipoteca in mano a qualunque possessore, per ottenere sul prezzo della medesima il pagamento del suo credito. Questo diritto, inerente all'ipoteca, è riconosciuto formalmente dal Codice nell'art. 2013 così concepito: Il terzo possessore dell'immobile ipotecato, che non adempie alle formalità stabilite nella sezione X di questo capo per rendere libera la sua proprietà, è tenuto a rilasciare l'immobile senza alcuna riserva, qualora non preferisca di pagare i crediti iscritti ed i loro accessori a norma dell'art. 2010.

Il rilascio è l'abbandono del possesso dell'immobile, fatto dal terzo possessore ai creditori iscritti, per esentarsi dalla spropriazione. Il rilascio si fa ai creditori iscritti, perchè essi soli possono esigerlo in virtù delle ipoteche. Questi creditori non possono ritenere l'immobile, ma debbono farlo vendere all'incanto, per convertirlo in danaro; e così, sul prezzo,

avere il pagamento dei crediti, secondo l' ordine delle loro ipoteche (1).

Il terzo possessore può preferire al rilascio dell' immobile il pagamento dei crediti iscritti coi loro accessori. A tal riguardo, alcuni dei Codici che preesistevano in Italia stabilivano, che il terzo possessore dovesse soddisfarvi nei modi e termini dell' obbligazione che spetta al debitore. Questa regola così assoluta non fu accolta nel Codice italiano. Come notò il Pisanelli, nella *Relazione ministeriale*, rispetto ai terzi l'ipoteca non può avere efficacia, se non nei limiti stabiliti in rapporto all'iscrizione; quindi, se il credito reale è maggiore di quello inscritto, se il montare delle spese e degli interessi supera quello risultante espressamente o legalmente dall'iscrizione, il terzo possessore non può esser tenuto a pagare che sino a concorrenza delle somme dovute per effetto dell' ipoteca iscritta. Questo principio risponde meglio al sistema ipotecario, e merita plauso il Codice per averlo adottato.

Se il terzo possessore non rilascia l'immobile nè paga i crediti, qualunque creditore munito di efficace ipoteca può far vendere l'immobile. La vendita però non avrà luogo, se non sono trascorsi trenta giorni dopo il precetto fatto al debitore di pagare, e dopo che tale precetto fu notificato al terzo possessore coll'intimazione di pagare o rilasciare l' immobile (art. 2014). Questa notificazione e questa intimazione servono a costituire in mora il terzo possessore; esse fan decorrere il termine in cui il terzo possessore può adempiere le formalità prescritte per liberare gl'immobili dalle ipoteche (V. l'art. 2041).

Il terzo possessore, che ha fatto trascrivere il suo contratto d'acquisto, e che non fu parte nel giudizio in cui venne pronunziata la condanna del debitore, se questa è posteriore alla trascrizione, è ammesso ad opporre le eccezioni che non fossero state opposte dal debitore, purchè non siano meramente personali al medesimo. Può anche, in tutti i casi, opporre le eccezioni che spetterebbero ancora al debitore dopo la condanna. Le eccezioni suddette non sospendono però il corso de' termini stabiliti per la purgazione (art. 2015).

Vuolsi qui fare menzione della eccezione di garantia: essa si avvera quando il terzo possessore respinge l' azione

(1) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, num. 785.

del creditore ipotecario, obbligato personalmente verso di lui alla garantìa di evizione. Giova riferire al proposito le parole del Pothier: Quando il creditore è personalmente obbligato, in qualunque modo lo sia, verso il possessore, alla garantìa del fondo che gli è ipotecato, risulta da questa obbligazione di garantìa alla quale è tenuto, una eccezione perentoria contro la sua azione ipotecaria; imperocchè, consistendo la garantìa nell'obbligo di difendere il possessore da qualunque molestia nel godimento del suo fondo, è cosa evidente che essa si oppone all'esercizio dell'azione di rilascio. Donde la massima: *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio* (1).

Crediamo opportuno di esaminare con maggior precisione l'articolo 2015 del Codice, il cui testo abbiamo dianzi riferito. Nel Codice francese nulla è sancito dal legislatore circa le eccezioni che si possono opporre dal terzo possessore, convenuto coll'azione ipotecaria; nel campo della giurisprudenza ed in quello della dottrina si agitano in Francia, a causa del silenzio del Codice, gravi controversie a questo riguardo, controversie il cui nascimento presso di noi non è possibile, tenuto conto delle chiare disposizioni racchiuse nell'articolo dianzi accennato. Noi sappiamo quale è la efficacia, o meglio la estensione dell'azione ipotecaria. Giova ritornare su questo concetto, facendo tesoro degli insegnamenti dell'antica scuola, serbando fede al nostro sistema: *come parvol che ricorre sempre colà dove più si confida*. Dice in proposito il Voet: « Intentari potest actio hypothecaria non tantum contra ipsum debitorem, eumve, qui pro debitore rem suam obligavit, sed et contra tertium quemvis bonae vel malae fidei possessorem. Cum enim jus pignoris non personae, sed rei annexum sit, debitor neque donando, neque legando, neque vendendo, neque permutando, neque ullo alio modo alienante, illud creditori auferre potuit (2). » Il donatario, il legatario, il compratore, il compermutante dell'immobile ipotecato possono essere costretti dal creditore ipotecario a rilasciare l'immobile, quando non preferiscano di pagare i crediti iscritti ed i loro accessori, come è statuito nell'articolo 2013 del Codi-

(1) V. Pothier, *Coutumes d'Orléans*, num. 14; Paris, 1776.

(2) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XX, tit. IV, num. 2, Hagae-Comitum, 1731.

ce. Ma il terzo possessore, prima di avvalersi della facoltà che gli dà il Codice, rilascio dell'immobile o pagamento dei crediti iscritti e loro accessori, può, quando ne abbia il diritto, difendere il suo possesso per via di alcune eccezioni. Quali sono queste eccezioni che si possono opporre dal terzo possessore? Il sistema del Codice, quale risulta dall'art. 2015, riposa su tre principî fondamentali: 1.° Il terzo possessore non può opporre le eccezioni che sono meramente personali al debitore; 2.° Il terzo possessore può opporre le eccezioni che spettavano al debitore prima della condanna, purchè il debitore non le abbia opposte e il terzo possessore non abbia fatto parte del giudizio di condanna; 3.° Il terzo possessore può opporre le eccezioni che spetterebbero ancora al debitore dopo la condanna.

Primo principio. — Il terzo possessore non può giovarsi di quelle eccezioni che sono *meramente* personali al debitore. Il Codice, nell'articolo 2015, adopera lo stesso avverbio usato nel capoverso dell'articolo 1899, dove è detto che può prestarsi la fideiussione per un'obbligazione, la quale possa essere annullata in forza di una eccezione *meramente* personale all'obbligato, come nel caso della minore età. L'esempio addotto dallo stesso legislatore, allo scopo di determinare il concetto delle eccezioni *meramente* personali, dimostra che si vuole parlare delle eccezioni fondate sulla incapacità personale dell'obbligato. Il debitore era un minore, un interdetto, un inabilitato, e nello stringersi il rapporto giuridico non si sono osservate le forme tutelatrici che impone la legge. Il rapporto giuridico è annullabile, ma di questa causa di nullità non si può giovare il terzo possessore. A prima fronte parrebbe che, per gli atti compiuti dalla donna maritata, senza l'autorizzazione maritale od il permesso del tribunale, quando sono necessari, si dovesse ammettere nel terzo possessore la facoltà di opporre la eccezione che deriva dalla inosservanza del precetto della legge. La incapacità, limitata ad alcuni atti, della donna maritata, è stabilita (lo abbiamo in propria sede notato) *ob qualitatem status,* e non già, come in altri tempi, *ob imbecillitatem sexus*. Ma il Codice espressamente dichiara, nell'articolo 137, che la nullità derivante dal difetto di autorizzazione non può essere opposta che dal marito, dalla moglie e dai suoi eredi od aventi causa. Si deve dunque ritenere che l'eccezione, cui dà nascimento questa causa di nullità, è

compresa nella classe delle eccezioni *meramente* personali. La locuzione usata nell'articolo 137 risponde sostanzialmente a quella degli articoli 322, 335 e 341, dove si parla delle persone cui compete il diritto di opporre la nullità degli atti, trattandosi di minori, di interdetti, di inabilitati.

Secondo principio. — Il terzo possessore può opporre le eccezioni che spettavano al debitore prima della condanna, ma il diritto di opporre queste eccezioni è subordinato al concorso di due condizioni: la prima, che il debitore non le abbia già opposte; la seconda, che il terzo possessore non abbia fatto parte del giudizio di condanna. Ed è facile assegnare la ragione del sistema della legge. Quando il debitore ha già opposta la eccezione, non deve essere permesso al terzo possessore di risollevare una quistione già risoluta di fronte al debitore. L'autorità giudiziaria non deve essere chiamata a pronunziare due volte sulla stessa eccezione: *non bis in idem*. Se il terzo possessore, che ha fatto parte del giudizio in cui venne pronunziata la condanna del debitore, proponesse novellamente un'eccezione che fu rigettata nel giudizio di condanna, gli si potrebbe opporre l'*exceptio rei judicatae*, la quale ha effetto contro tutti coloro che hanno fatto parte del giudizio. Fra le eccezioni che si possono opporre prima della condanna vi è quella del termine; ma si deve tener conto della disposizione del Codice, che dichiara esigibile il credito anche prima del termine, nel caso di insolvenza del debitore (1).

Terzo principio. — Il terzo possessore può opporre le eccezioni che spetterebbero ancora al debitore dopo la condanna. Insegnano concordemente gli scrittori, che il Codice accenna specialmente a due eccezioni; quella di pagamento e quella di compensazione.

Ed ora passiamo all'esame delle altre disposizioni contenute in questa sezione del Codice, che determina gli effetti delle ipoteche in rapporto al terzo possessore.

Il rilascio dell'immobile soggetto ad ipoteca può eseguirsi da qualunque terzo possessore, il quale non sia obbligato personalmente per il debito, ed abbia la capacità di alienare o sia debitamente autorizzato a farlo (art. 2016). Due condizioni son dunque richieste per potersi fare il rilascio dell'im-

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. II, num. 58.

mobile ipotecato. La prima condizione si è, che il terzo possessore non sia obbligato personalmente pel debito. Chi contrae un' obbligazione personale, garantita con una ipoteca, non può liberarsi dalla sua obbligazione coll'abbandono della cosa ipotecata. « Qui creditoribus profitetur se pignoribus cedere, nihilo magis liberabitur. » (L. 1, Cod. *de pign. et hypoth.*). La seconda condizione è questa: che il terzo possessore abbia la capacità di alienare o sia debitamente autorizzato a farlo. Sebbene il rilascio non sia una vera alienazione, esso mena indirettamente alla medesima; mette la cosa a disposizione del creditore perchè la faccia vendere (1).

Il rilascio dell'immobile non pregiudica alle ipoteche costituite dal terzo possessore e debitamente iscritte (art. 2016). Nella specie non potrebbe applicarsi la massima: *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis*. Quegli che rilascia l'immobile non cessa di esserne proprietario sino al momento dell'aggiudicazione.

Le servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali, che spettavano al terzo possessore sopra l'immobile, rivivono dopo il rilascio da lui fatto o dopo la vendita all' incanto contro di lui seguìta, come gli spettavano prima del suo acquisto (articolo 2017). *Jura redintegrantur*, dice Giovanni Voet. Ad esempio, il terzo possessore riprende il suo grado ipotecario come era fissato prima dell'acquisto (2).

Finchè non sia seguìta la vendita all' incanto, il terzo possessore può ricuperare l'immobile da lui rilasciato, pagando i crediti a norma dell'art. 2013 oltre le spese (art. 2018). Tale disposizione è una conseguenza del principio, che il rilascio non è un'alienazione, ma soltanto un' abdicazione del possesso; che l'acquirente continua ad essere proprietario dell'immobile sino all'aggiudicazione. Da questo principio rampollano ancora due altre conseguenze degne di nota. La prima, che se l' immobile perisce per un caso fortuito prima dell' aggiudicazione, la perdita è a carico del terzo possessore: *res perit domino*. La seconda, che se l' immobile rilasciato viene aggiudicato per una somma maggiore di quella

(1) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, num. 817.

(2) « Jus suum pignoris cum praelatione ita reviviscit quasi nulla pignoris emptio intervenisset. » Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XX, tit. V, num. 10; Hagae-Comitum, 1731.

che occorre per pagare i debiti, il sopravvanzo appartiene a chi ha fatto il rilascio, in deduzione del prezzo del suo acquisto e dei danni ed interessi.

Il rilascio dell' immobile si eseguisce con dichiarazione fatta alla cancelleria del tribunale competente per la subastazione, la quale ne spedisce certificato. Sull'istanza di qualunque degli interessati il tribunale nominerà un amministratore dell'immobile rilasciato, e contro di esso si faranno o proseguiranno gli atti di vendita secondo le forme stabilite per le spropriazioni. Il terzo possessore è custode dell'immobile rilasciato, finchè questo non sia consegnato all'amministratore (art. 2019). Per qual ragione la legge vuole la nomina di un amministratore dell'immobile, *magister bonorum?* Risponde il Delvincourt: per evitare al terzo possessore le *amarezze* che porta seco la spropriazione. Questa espressione, osserva il Troplong, non è abbastanza energica. Tal nomina è richiesta per evitare, se non l'infamia, certo la vergogna che segue l'alienazione pubblica dei beni (1).

Il terzo possessore è tenuto a risarcire i danni cagionati all'immobile per sua grave colpa in pregiudizio dei creditori iscritti, e non può contro essi invocare alcun diritto di ritenzione per causa di miglioramenti. Egli ha però diritto di far separare dal prezzo la parte corrispondente ai miglioramenti da esso fatti dopo la trascrizione del suo titolo, sin a concorrenza della minor somma che risulterà tra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio o della vendita all'incanto (art. 2020). Per quale ragione la risponsabilità del terzo possessore può derivare soltanto dalla sua *colpa grave?* Il legislatore ha considerato che questo terzo possessore non si è obbligato personalmente verso i creditori ipotecari, ed ha quindi cercato di armonizzare il diritto di questi creditori ipotecari col diritto di proprietà conferito al terzo dall' atto del suo acquisto. Se il terzo dovesse rispondere di qualunque colpa, anche della più leggiera, avverte il Ricci, l' esercizio del suo diritto di proprietario resterebbe in gran parte paralizzato, per non correre il pericolo di esporsi alla più severa censura; or ciò il legislatore non vuole, ed ha quindi disposto che il terzo risponda soltanto dei deterioramenti che sono la conseguenza della sua colpa grave (2). Veramente la locu-

(1) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques,* num. 828.

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, num. 256.

zione usata dal legislatore, *colpa grave,* e quella adoperata dal Ricci, *colpa leggiera,* queste locuzioni che avevano un significato sotto l'impero del Diritto intermedio, oggi servono soltanto a turbare la purezza dei principî. Non dobbiamo certamente qui ripetere ciò che di proposito abbiamo osservato, svolgendo la teoria degli effetti delle obbligazioni. Ma d'altra parte l'interprete, pur censurando la locuzione del Codice, deve cercare di chiarire il vero significato della formola racchiusa nell'articolo 2020. Il legislatore, accennando a *colpa grave* del terzo possessore, vuole parlare di una negligenza veramente inescusabile e non facile a rinvenirsi nemmeno nelle persone poco curanti dei loro interessi. Ed è còmpito dell'autorità giudiziaria determinare, nei singoli casi, se al terzo possessore sia o pur no imputabile così grave negligenza, per farne derivare la responsabilità stabilita dall'articolo 2020 (1). Il terzo possessore non può invocare alcun diritto di ritenzione per causa di miglioramenti (riferiamo le parole della *Relazione ministeriale*); sarebbe altrimenti incagliata l'azione dei creditori ipotecari, i quali hanno un diritto anteriore al suo acquisto. Non gli compete neppure il diritto di far separare dal prezzo l'importo dei miglioramenti che avesse fatti prima della trascrizione del suo titolo, perchè è la trascrizione che lo rende terzo possessore riguardo agli altri aventi diritto sull'immobile; soltanto per essa possono competergli le ragioni che la legge riconosce, non a qualsiasi costruttore che abbia fatto riparazioni o miglioramenti, ma a chi riveste la qualità di terzo possessore. Con tale disposizione viene d'altronde meglio promossa la pubblicità che si vuole ottenere colla trascrizione, poichè l'acquirente sarà più sollecito a trascrivere il suo titolo.

I frutti dell'immobile ipotecato non sono dovuti dal terzo possessore che dal giorno in cui fu a lui intimato il precetto trascritto di fare il pagamento o il rilascio; e se la proposta istanza fosse stata abbandonata per lo spazio di un anno, sono dovuti soltanto dal giorno in cui sarà trascritta la rinnovata intimazione. Nel caso di purgazione per parte del terzo possessore i frutti sono pure dovuti dal giorno della trascrizione del precetto, o in mancanza dal giorno della notificazione

---

(1) V. Pacifici Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. II, num. 65.

fatta in conformità degli articoli 2043 e 2044 (art. 2021).

Il terzo possessore che ha pagato i crediti iscritti, rilasciato l'immobile o sofferta la spropriazione, ha ragione d'indennità verso il suo autore. Ha pure azione in via di subingresso contro i terzi possessori di altri fondi sottoposti ad ipoteca per gli stessi crediti, ma contro quelli solamente che sono a lui posteriori di data nella trascrizione del loro atto di acquisto, e può far eseguire la relativa annotazione in conformità dell'art. 1994 (art. 2022). Di questa ultima disposizione dava ragione con tali parole la *Relazione ministeriale* del Pisanelli:

« Analogamente alla surrogazione concessa al creditore perdente nella ipoteca anteriore che si estende ad altri beni, fu altresì stabilito nel Progetto che il terzo possessore, il quale abbia pagato i crediti iscritti, rilasciato l'immobile, o sofferta l'espropriazione, avrà azione in via di subingresso contro i terzi possessori di altri fondi sottoposti ad ipoteca per gli stessi crediti, ma contro quelli solamente che sono a lui posteriori di data nella trascrizione del loro atto di acquisto. Non potea dubitarsi del subingresso quando il creditore avesse pagato i crediti iscritti; il dubbio nacque soltanto pel caso in cui abbia rilasciato lo immobile o sofferta la spropriazione. Si reputò conveniente di equiparare i due casi.

« Il sistema della trascrizione ha una perfetta analogia con quello delle ipoteche; nell'uno e nell'altro la data della trascrizione o dell'iscrizione determina la prevalenza dei diritti. Se il terzo possessore, invece di esser tale, avesse soltanto acquistato un diritto d'ipoteca sull'immobile rilasciato o spropriato, egli, in ragione del danno che soffrirebbe per l'esercizio di un'ipoteca anteriore che si estende ad altri beni, avrebbe diritto alla surrogazione nell'ipoteca medesima per prevalere sui detti beni ai creditori che hanno un'iscrizione posteriore alla sua. Non sembra essere plausibile motivo per sottoporlo ad un trattamento diverso, quando col rilascio o colla spropriazione egli viene a soffrire un danno uguale, se non più grave ancora, qual terzo possessore. Anche qui esiste il pericolo della collusione tra il creditore ipotecario e gli altri terzi possessori, onde far ricadere l'effetto dell'azione ipotecaria a danno di quel terzo possessore, il quale avrebbe per sè la prevalenza del diritto che si fonda sulla trascrizione anteriore del suo acquisto. »

Se il terzo possessore è debitore in dipendenza del suo acquisto di una somma attualmente esigibile, la quale basti al soddisfacimento di tutt' i creditori iscritti contro i precedenti proprietari, ciascuno di essi può obbligarlo al pagamento, purchè il titolo di acquisto sia stato trascritto. Se il debito del terzo possessore non fosse attualmente esigibile, o fosse minore o diverso da ciò che è dovuto ai detti creditori, questi possono egualmente, purchè di comune accordo, richiedere che venga loro pagato sino alla rispettiva concorrenza ciò che egli deve nei modi e termini della sua obbligazione. Nell'uno e nell'altro caso non si può evitare il pagamento coll'offrire il rilascio dell'immobile; ma eseguito il pagamento l'immobile s'intende liberato da ogni ipoteca, non esclusa quella spettante al venditore, e il terzo possessore ha diritto di ottenere la cancellazione delle relative iscrizioni (art. 2023). Leggesi a tal riguardo nella citata *Relazione ministeriale:* « L'esperienza ha dimostrato, che talvolta il terzo possessore, pentito del suo acquisto, fa sorgere egli stesso l'occasione di sciogliere il contratto col rilascio, colludendo con alcuno dei creditori perchè lo molesti coll'azione ipotecaria. Ragion vuole che gli altri creditori possano ciò impedire, quando avendo un interesse opposto, si offrano di cancellare tutte le ipoteche e di adempiere per tal modo essi medesimi alle obbligazioni del debitore riguardo al pacifico possesso della cosa venduta. Tale facoltà riconosciuta ai creditori non è che l'applicazione della regola generale, per cui essi possono far valere le ragioni del loro debitore che non siano esclusivamente personali. »

Prima di chiudere lo svolgimento della teoria intorno agli *effetti delle ipoteche riguardo al terzo possessore,* crediamo opportuno di osservare col Supremo Collegio di Firenze, che è *terzo possessore,* nel senso degli articoli 2014 e 2041 del Codice civile, e deve essergli quindi notificato il precetto, colla intimazione di pagare o rilasciare l'immobile ipotecato, anche colui che possiede questo immobile in virtù di un titolo idoneo a trasferire il dominio, quantunque non ancora trascritto.

« Con buon fondamento di ragione il ricorrente fa rimprovero alla denunziata sentenza di aver violati gli art. 2014 e 2041 del Codice civile, per avere ritenuto che a senso di tali articoli non possa essere reputato terzo possessore se non colui che abbia trascritto il titolo del suo acquisto; il quale

concetto repugna non meno alla lettera che allo spirito ed allo scopo delle disposizioni sancite dai citati articoli. Ed in vero: ripugna alla lettera, perchè quelli articoli parlando di *terzo possessore dell' immobile ipotecato,* ossia di un possessore diverso dal debitore, non accennano punto al diritto di proprietà di cui la trascrizione opera il passaggio nell'acquirente rispetto ai terzi, ma al solo fatto del possesso, ossia alla condizione di chi possegga l'immobile ipotecato in virtù di titolo idoneo a trasferire il dominio sia pure rispetto al solo alienante; il quale titolo non ha punto mestieri di essere trascritto per operare il trapasso del possesso che *in facto consistit,* ossia nella detenzione dell'immobile acquistato, e per sua natura non ammette distinzione fra l'acquirente che abbia trascritto e quello che non l' abbia. E che in questo senso si debba intendere il terzo possessore, a cui l'articolo 2014 succitato vuole che sia notificato il precetto colla intimazione di pagare o rilasciare l'immobile, ben lo dimostrano chiaramente i successivi articoli 2015 e 2020, i quali facendo distinzione per certi effetti tra il terzo possessore notificato che ha trascritto il suo titolo di acquisto e quello che non l'abbia trascritto, implicitamente riconoscono che l'uno e l'altro debb'essere notificato; e non meno chiaramente lo rivela altresì l'art. 2041, che, trattando della facoltà concessa ad ogni acquirente di liberare gl'immobili acquistati dalle ipoteche, dispone che tale facoltà gli spetta anche dopo la notificazione del precetto menzionato nell'articolo 2014, purchè nei venti giorni successivi faccia trascrivere il suo titolo che non fosse stato trascritto; la quale disposizione suppone di necessità che la notificazione del precetto debba farsi anche al terzo possessore che non abbia ancora trascritto il suo titolo. » Assorgendo allo *spirito della legge*, la Corte osservava, che l'obbligo imposto al creditore ipotecario che procede alla espropriazione dell'immobile ipotecato, di notificare il precetto al possessore del fondo da spropriarsi, qualora il debitore abbia cessato di possederlo: « è dalla legge imposto per la necessità che nel giudizio reale di spropriazione, non altrimenti che in quello di rivendicazione, si abbia il contraddittorio di colui che tiene l'oggetto sostanziale del giudizio, ossia l'immobile da spropriarsi, del quale appunto gli viene ordinato il rilascio, ove non preferisca di pagare i debiti iscritti o di promuovere il giudizio di liberazione dell'immobile dalle ipo-

teche. Ma questa necessità tutta propria dell'indole del giudizio di spropriazione, è affatto indipendente dalla formalità della trascrizione del titolo del possessore, e sussiste egualmente, sia o non sia intervenuta la trascrizione, poichè nell'uno e nell'altro caso occorre sempre il rilascio del fondo da spropriarsi, e questo rilascio non si può chiedere nè ottenere, se non coll'intimazione giudiziale a chiunque legalmente possiede il fondo (1). »

175. Della riduzione delle ipoteche.

La *riduzione delle ipoteche* non è altro che una cancellazione parziale della iscrizione. La riduzione delle ipoteche, è detto nell'art. 2024, si opera col restringerle ad una parte soltanto dei beni indicati nell'iscrizione, o col ridurre a quantità minore la somma per cui l'iscrizione fu presa.

Non è ammessa la domanda di riduzione delle ipoteche nè riguardo alla quantità dei beni nè riguardo alla somma, se l'una o l'altra sia stata determinata per convenzione o per sentenza (art. 2025). E ragionevolmente. Nel caso di convenzione, il debitore non può insorgere contro il fatto proprio, contro ciò che ha liberamente consentito. Nel caso di sentenza, deve presumersi che l' autorità giudiziaria, nel determinare la quantità dei beni da gravarsi colla iscrizione o la somma per cui la medesima si dovesse prendere, ha pesate in equa lance le giuste esigenze del creditore e i legittimi interessi del debitore. Tuttavia, anche nei casi preveduti dall'art. 2025 può avverarsi la riduzione delle ipoteche, sempre che siavi il consenso e del creditore e del debitore. Ecco perchè, alla inesatta redazione del Progetto, *non è ammessa la riduzione delle ipoteche,* la Commissione Coordinatrice, su proposta del De Foresta, sostituì quella che fu adottata nel Codice, *non è ammessa la* DOMANDA *di riduzione delle ipoteche.*

Quid juris nel caso che la ipoteca legale o giudiziale sia iscritta sopra un solo immobile, quantunque di valore molto superiore alla somma per cui la iscrizione fu presa; in

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 21 febbraio 1884; nel *Filangieri*, anno IX, parte II, pag. 234.

tal caso potrà il debitore aver diritto alla riduzione dell'ipoteca sopra una sola parte del fondo medesimo, allo scopo di liberare l'altra parte? Scrittori e giurisprudenza sono di accordo nel riconoscimento di questo principio, che nella ipotesi dianzi figurata non spetta al debitore il diritto di chiedere la riduzione dell' ipoteca. Nel seno della Commissione Coordinatrice il De Foresta propose che, allo scopo di eliminare qualunque dubbio in proposito, nella redazione dell'articolo del Progetto corrispondente all'articolo 2024 del Codice, invece di dirsi, *ad una parte soltanto dei beni,* si fosse usata la locuzione *ad alcuni soltanto dei beni.* Ma la Commissione non accolse la proposta modificazione, assegnandone una ragione, che conforta l' opinione comune sulla cattedra e nel foro: « La Commissione riconosce giusta l' osservazione del proponente e ritiene per certo e fuori di dubbio che l'ipoteca non possa essere ristretta ad una parte di uno stabile, ma soltanto ad uno o più degli stabili ipotecati, che sieno riconosciuti efficaci per l'effetto dell'ipoteca medesima. Opina però che questo cenno nel processo verbale sia bastante per lo scopo cui mirava la detta proposta, nella quale opinione concorre pure il proponente (1). »

Le ipoteche legali, eccettuate quelle indicate nei numeri 1 e 2 dell'art. 1969 (ipoteca dell'alienante sopra gli immobili alienati, ipoteca dei coeredi, soci ed altri condividenti, sopra gli immobili caduti nell'eredità, società o comunione), e le ipoteche giudiziali devono ridursi sopra domanda degli interessati, se i beni compresi nell'iscrizione hanno un valore eccedente la cautela da somministrarsi, o se la somma determinata dal creditore nella iscrizione eccede di un quinto quella che è dal giudice dichiarata dovuta (art. 2026). Il valore dei beni è riputato eccedente, quando supera di un terzo l' importare dei crediti iscritti accresciuto degli accessori a norma dell'art. 2010 (art. 2027).

---

(1) Verb. num. 43 della Commissione Coordinatrice. — Il Pacifici-Mazzoni (*Trattato dei privilegi e delle ipoteche,* Vol. II, num. 79) giustamente osserva che la decisione della Commissione, ove voglia essere rigorosamente interpretata, sembra veramente troppo assoluta. « Se si volesse partire dal concetto assoluto della indivisibilità dell' ipoteca, bisognerebbe dedurne che l' ipoteca non è mai riducibile quantunque iscritta sopra molti immobili distinti e separati fra loro. »

Chi ha diritto di domandare la riduzione delle ipoteche nei casi ammessi dal Codice? La scuola è concorde nell'insegnare che non è necessario che la riduzione sia chiesta dal debitore medesimo. Il Codice parla di domanda *degli interessati*, non di domanda del debitore. Suppongasi alienato uno dei fondi gravati dall'iscrizione; se l'ipoteca iscritta sugli altri fondi rimasti presso il debitore è sufficiente, avuto riguardo al valore di essi, a garantire l'adempimento dell'obbligazione da lui assunta, l'acquirente è interessato alla cancellazione della iscrizione che grava il fondo acquistato; quindi ha il diritto di domandare la riduzione (1). E poi, come bene avverte il Pacifici-Mazzoni, mentre pel Codice francese, la lettera della legge (*l' action en réduction est ouverte au débiteur*), giusta l'avviso concorde dei più riputati scrittori, si oppone a che il diritto di chiedere la riduzione possa concedersi ad altri che non sia il debitore, pel Codice italiano tale diritto è concesso a tutti gli interessati, e quindi ai creditori, terzi possessori ed aventi causa dal debitore. E mentre in qualche caso, a raggiungere lo scopo della surroga, nel nostro Codice è mezzo efficace la domanda di riduzione, nel Codice francese invece ciò non è mai possibile.

Le spese necessarie per la riduzione sono sempre a carico del richiedente. Se però la riduzione ha luogo per eccesso nella determinazione del credito fatta dal creditore, le spese sono a suo carico. Quelle del giudizio sopra contestazioni che venissero fatte sono a carico del soccumbente ovvero compensate secondo le circostanze (art. 2028). Noi troviamo qui l'applicazione dei principî generali. Nel primo caso, colui che ha domandata la riduzione deve sopportarne le spese, perchè queste si sono fatte nel suo interesse. Nel secondo caso (dichiarò il Vacca nella *Relazione Senatoria*), il creditore paga il fio della erronea ed esagerata fissazione del suo credito. Nel terzo caso, quegli che ingiustamente ha promosso contestazioni soffre le conseguenze della lite malamente promossa; se concorrono giusti motivi, si dà al giudice facoltà di compensare le spese (V. art. 370, Codice di proc. civ.).

Decideva la Corte di Genova, che la ipoteca cumulativamente iscritta, ed acconsentita dal debitore, a favore di

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, numero 261.

più creditori, per distinti crediti sopra diversi stabili, non va soggetta a restrizione quanto agli immobili pel verificarsi della estinzione di un credito. Siffatta evenienza dà diritto soltanto alla riduzione della quantità minore della somma per cui l'ipoteca fu iscritta pel complessivo ammontare di tutti i crediti, per modo che i beni gravati rimangono tutti colpiti dalla ipoteca pel residuo credito. « Avuto riguardo a questo carattere (della indivisibilità), il quale tiene all' essenza istessa del gius ipotecario, gli autori concordemente insegnano, che quando il debitore ha consentito un' ipoteca, se in appresso il debito viene diminuito per parziali pagamenti, si potrà bensì chiedere la riduzione della somma per farne annotazione nei registri, ma non quella dei beni; e ne danno per motivo che in quanto alla riduzione dei beni vi osta la natura istessa dell' ipoteca, e quanto a quella della somma manca l'interesse del creditore di oppugnarla, e concorre inoltre la ragione, che l'iscrizione deve sempre indicare l'importare della somma dovuta, ed in ogni modo che l' iscrizione ha effetto soltanto per la somma dovuta, sebbene quella che vi fu enunciata sia maggiore. Ora, se altrettanto deve dirsi quando si tratta di ipoteca convenzionale, per uguale ragione lo si dirà quando, trattandosi di ipoteca legale o giudiziale, fu già chiesta la riduzione dei beni, e questi furono determinati da un giudicato; giacchè l' articolo 2025 equipara l'un caso all' altro, e nega in ambedue le ipotesi il diritto alla riduzione; e ciò perchè il quasi-contratto, che nasce dalla contestazione, ha la stessa forza della convenzione, quando è sanzionato da sentenza. Nè con ciò si intende di negare *a priori* la facoltà nel debitore e nel creditore di stipulare, che avverandosi il caso di diminuzione del debito, la riduzione si faccia tanto sulla somma che sui beni. Essi hanno certamente questa facoltà e ne possono usare secondo le loro convenienze, ed avverandosi la condizione, l'uno potrà chiedere e l'altro dovrà consentire la riduzione anche dei beni; nè per la istessa ragione si nega, che il debitore abbia la facoltà, proponendo la riduzione di una ipoteca legale o giudiziale di instare a che, avverandosi successive diminuzioni nel debito, od altri avvenimenti capaci di modificare la sua obbligazione si restringa a minore quantità di beni la detta ipoteca, e qualora il giudice accolga la domanda avrà diritto di farla valere, avverandosi la condizione. Però in ambe que-

ste presupposizioni la riduzione non ha più per base la legge, ma la convenzione od il giudicato, il quale ne produce gli effetti (1). »

176. Della estinzione delle ipoteche.

Bibliografia. — 1.° Schroederi, *An actio hypothecaria adhuc creditori adversus debitorem pignus possidentem sit salva, postquam obligatio personalis fuit per praescriptionem extincta?* (Marb. 1750);— 2.° Bratiano, *De l' extinction de l' hypothèque* (Paris, 1871); — 3.° Barbier Saint-Hilaire, *De l' extinction des hypothèques* (Paris, 1878);—4.° Mongin, *De l'extinction des hypothèques* (Paris, 1883);— 5.° Durante, *Della ipoteca in ordine alla consolidazione dell'usufrutto su cui è costituita* (nel *Monitore dei tribunali*, anno 1886, pag. 869 e seg.); — 6.° Chevrier, *De l'extinction de l' hypothèque* (Paris, 1888).

Giusta l'art. 2029, le ipoteche si estinguono:

1.° Coll'estinguersi dell'obbligazione. Ciò deriva dal principio, che l'ipoteca è l'accessorio dell' obbligazione principale. Il Codice non dice, che la ipoteca si estingue in conseguenza del pagamento. La locuzione adoperata dal Codice è diversa: la ipoteca si estingue *coll'estinguersi dell'obbligazione*. E questa locuzione deve giudicarsi esattissima. Ben è vero che il pagamento (assunta questa voce nel significato giuridico) è il modo ordinario, il modo più frequente con cui si estinguono le obbligazioni. Ma, nel sistema della legge, si può avverare benissimo che siasi eseguito un pagamento, pur non estinguendosi l' obbligazione. Accenniamo alla teoria del pagamento con surrogazione. La surrogazione, giusta la definizione dello Zachariae, è una finzione giuridica, per effetto della quale una obbligazione, estinta mercè il pagamento effettuato da un terzo, è riguardata come una obbligazione che continua a sussistere in favore di costui, il quale si reputa essere una sola e medesima persona coll'antico creditore. Qualunque giudizio voglia darsi di questa definizione in tesi astratta (e noi abbiamo in sede propria preferita la

(1) Corte di appello di Genova; sentenza dei 25 marzo 1884; nella *Legge*, anno XXIV, Vol. II, pag. 94.

definizione del Mourlon), è certo che nella medesima è determinato con precisione l'effetto della surrogazione personale; che cioè una terza persona (quella che fa il pagamento) è surrogata nei diritti, nelle azioni, nei privilegi e nelle ipoteche che assicurano l'adempimento dell'obbligazione in rapporto al creditore soddisfatto. Ora quando si verifica la surrogazione personale è chiaro che, pur facendosi un pagamento, non si può parlare, per la contraddizione che nol consente, di estinzione della ipoteca. Se le guarentige del credito si estinguessero non vi sarebbe surrogazione.

2.° Colla distruzione dell' immobile gravato, salvi i diritti risultanti dall'art. 1951 per le somme dovute dagli assicuratori. « Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto, pignus hypothecave perit. » Così il giureconsulto Marciano (L. 8, D. *quib. modis pignus vel hypotheca solvitur*).

3.° Colla rinunzia del creditore. La Commissione Senatoria aveva aggiunta la parola *espressa;* e ciò per risolvere in senso negativo la grave quistione sorta in Francia, se potesse bastare per estinguere l'ipoteca anche una rinunzia tacita, purchè positiva e legalmente provata: avendo considerato la Commissione Senatoria, che le rinunzie non si devono presumere e devono risultare in modo esplicito; che, d' altronde, ammettendo l'efficacia delle rinunzie tacite, si dà luogo a molte liti ed a pericolosi arbitrî. Ma la Commissione Coordinatrice, senza contestare il merito di tali considerazioni, non credette ammettere la giunta accolta dalla Commissione Senatoria: « perchè possono esservi rinunzie che, sebbene non sieno fatte in modo diretto e con parole esplicite, risultino bensì solo indirettamente da altri atti o convenzioni, ma in modo talmente certo ed evidente, che sarebbe ingiusto e persino immorale di non ammetterle e di lasciarle prive di effetto, spettando all'ufficio ed alla prudenza dei giudici di non ammettere che quelle rinunzie, le quali non possono lasciare il menomo dubbio (1). » Tenuto conto di questa solenne dichiarazione fatta nello stadio di formazione del nostro Codice, non può dubitarsi ragionevolmente che l'ipoteca si può estinguere anche in conseguenza di una rinunzia *tacita* da parte del creditore. Fu detto, e sapientemente, nel seno della Commissione Coordinatrice, che il giudice non deve

(1) Verb. num. 43 della Commissione Coordinatrice.

ammettere che quelle rinunzie le quali non possono lasciare il menomo dubbio. Sulle orme di due insigni giureconsulti francesi, vale a dire del Pont e del Troplong, giova determinare da quali atti del creditore può ricavarsi specialmente la rinunzia tacita all'ipoteca. In primo luogo, tale rinunzia risulta dal consenso dato dal creditore (senza riserva dell'ipoteca) alla vendita, alla donazione, alla permuta dell'immobile ipotecato. Nelle fonti troviamo un frammento di Ulpiano, così concepito: « Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, nisi salva causa pignoris sui consenserit vel venditioni vel ceteris. » (L. 4, § 1, D. *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*). In secondo luogo, la rinunzia all'ipoteca può risultare dal consenso dato dal creditore alla concessione di un'ipoteca a favore di un'altra persona, sull'immobile a guarentigia del suo credito ipotecato. Si legge in proposito in un frammento del giureconsulto Paolo: « Paulus respondit Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eamdem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum ejus successisse, et ideo medii creditoris causam meliorem esse effectam. » (L. 12, princ. D. *Ibidem*). Beninteso però che, nel caso preveduto dal giureconsulto Paolo, il giudice di merito dovrà procedere alla indagine di fatto, se nel consenso dato dal creditore alla concessione della ipoteca, si debba ravvisare una tacita rinunzia alla propria ipoteca piuttosto che la intenzione di consentire alla posposizione della medesima a vantaggio del secondo creditore. Se per avventura il creditore ipotecario, invece di consentire direttamente alla vendita o alla dazione in pagamento dell'immobile ipotecato, si fosse limitato a sottoscrivere il contratto da cui risulta la vendita o la *datio in solutum,* non si potrebbe, dalla semplice sottoscrizione all'atto, ricavare la grave conseguenza della tacita rinunzia all'ipoteca. Ecco perchè, osserva il Pochintesta, la dottrina è unanime nel riconoscere che il creditore può, senza compromettere le sue garantie ipotecarie, intervenire all'atto di vendita dell'immobile colpito dalla sua ipoteca, quando vi interviene e lo sottoscrive come notaio o come testimone, ovvero *honoris causa*, ad esempio in qualità di parente o di amico, a meno che egli non abbia scientemente e senza reclamo permesso che si inserisse

nell'atto la dichiarazione che l' immobile era libero da ogni ipoteca (1). Per quanto si attiene alla rinunzia tacita dell'ipoteca è necessario aggiungere un'altra osservazione a quelle fatte precedentemente. Il Codice statuisce nell'articolo 2033: « La cancellazione consentita dalle parti interessate sarà eseguita dal conservatore in seguito alla presentazione dell'atto portante il consenso del creditore. Per quest'atto devono osservarsi le disposizioni degli articoli 1978, 1989 e 1990. » Giusta l'articolo 1978, l'ipoteca convenzionale deve costituirsi per atto pubblico o per scrittura privata. Giusta l'art. 1989, quando l'ipoteca deriva da atto privato, non se ne può ottenere l'iscrizione, se la sottoscrizione di chi l'ha acconsentita non è autenticata da notaio od accertata giudizialmente Giusta l' articolo 1990 , gli atti seguìti in paese estero che si presentano per l'iscrizione, devono essere debitamente legalizzati. Ora, come si concilia colle disposizioni dianzi richiamate il principio, su cui non può cadere controversia, che nel sistema del Codice italiano si ammette la efficacia non solo della rinunzia espressa, ma eziandio della rinunzia tacita all'ipoteca? La conciliazione è facile, risponderemo col Ricci. « L'estinzione si riferisce alla essenza dell'ipoteca o al diritto che da essa deriva; laddove la cancellazione si riferisce alla formalità estrinseca della pubblicità dell'iscrizione. La ipoteca, quantunque l' iscrizione figuri ancora sui pubblici registri, non ha più valore dal momento che il creditore vi ha tacitamente rinunziato; ma il conservatore non è autorizzato a procedere alla cancellazione della iscrizione, ove la rinunzia non risulti da atto autentico, altrimenti la cancellazione delle ipoteche sarebbe in balìa dei conservatori con grave pericolo di tutti i creditori (2). » Del resto, giova notarlo come conchiusione di ciò che precedentemente si è detto, attesta la esperienza, che nella vita pratica del diritto (e questa osservazione è della massima importanza quando si tratta di esaminare le disposizioni del diritto positivo) non si presentano con frequenza i casi di tacita rinunzia all'ipo-

(1) V. Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. II, num 425 a 427.

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. X, numero 268.

teca. E non poche tra le ipotesi figurate nei *casus*, che sulle orme dei Glossatori si fanno dagli espositori del Codice, sono destinate a restare nel campo della teoria; come direbbe il Laurent, sono ipotesi che la scienza fa, ma che la pratica ignora.

4.° Col pagamento dell'intero prezzo nei modi stabiliti dalla legge nei giudizi di graduazione. In tal caso *pignus luitur*. E qui è opportuno il notare che si fa luogo al giudizio di graduazione tanto nel caso in cui i creditori, avvalendosi dell'azione che ad essi compete, fanno subastare l'immobile, quanto nell'altro in cui il terzo acquirente vuol purgare lo stabile dalle ipoteche costituite sul medesimo. Nell'un caso e nell'altro le ipoteche si estinguono allorchè l'intero prezzo è pagato, e non basta a produrre la estinzione delle medesime la sola spedizione delle note a favore dei creditori utilmente collocati. Ma, come bene osserva il Ricci, una volta che si è pagato l'intero prezzo: « tutte le ipoteche iscritte sul fondo o sui fondi, di cui il prezzo si è distribuito, si estinguono, ancorchè vi siano dei creditori cui nessuna parte del prezzo siasi distribuita, perchè, esaurite le azioni ipotecarie, allorchè il deliberatario o il terzo acquirente hanno pagato l'intero prezzo di delibera o di acquisto, le ipoteche non hanno più ragione di essere. »

5.° Collo spirare del termine a cui furono limitate. « Nec de injuria aut laesione creditor quaeri potest, dum magis est quod sibi imputet, cur tali per temporis adjectionem limitato pignore voluerit contentus esse; » diremo con Giovanni Voet (1).

6.° Col verificarsi della condizione risolutiva che vi fu apposta. È questa un'applicazione dei principî generali.

7.° Statuisce l'art. 2030, che le ipoteche si estinguono parimente colla prescrizione, la quale riguardo ai beni posseduti dal debitore si compie con la prescrizione del credito, e riguardo ai beni posseduti dai terzi si compie anche col decorso di trent'anni, secondo le regole stabilite nel titolo *Della prescrizione*.

Per quanto s'attiene a questo modo di estinzione delle

---

(1) V. Voet, *Comm. ad Pandectas*, Lib. XX, Tit. VI, num. 10; Hagae Comitum, 1731.

ipoteche, si deve aver riguardo a due posizioni: 1.° a quella del creditore nei rapporti col debitore diretto; 2.° a quella del creditore nei rapporti col terzo possessore.

Prima posizione. — È celebre in questa materia la Costituzione *Cum notissimi*, che si trova nel Codice sotto il titolo: *De praescriptione XXX vel XL annorum.* Secondo l'antico Diritto, l'azione ipotecaria contro il debitore personale possessore della cosa ipotecata, e contro i suoi eredi, non si estingueva mai (*nullis expirare lustrorum cursibus*). Giustiniano volle ciò emendare: « nostrae provisionis esse perspeximus, hoc quoque emendare, ne possessores ejusmodi prope immortali timore teneantur. » Egli quindi stabilì, che l'azione ipotecaria si dovesse estinguere al termine di quaranta anni, salvi i casi d'interruzione o di sospensione a causa della minore età del creditore, restando fermo ciò che nell'antico Diritto era statuito circa l'azione personale. Di qui risultava una cosa assai strana: che l'azione personale si prescriveva con trent'anni, mentre l'azione ipotecaria, indirizzata a rafforzare l'azione personale, non si prescriveva che con quaranta anni (1).

Il Codice italiano, sulle orme del francese, ha creduto di non dovere accogliere la decisione di Giustiniano. La prescrizione, riguardo ai beni posseduti dal debitore, si compie colla prescrizione del credito. Sarebbe poco conforme alla semplicità del nostro Diritto, osserva il Troplong, se l'azione ipotecaria sopravvivesse all'azione personale: l'azione ipotecaria ha unicamente per iscopo di assicurare l'esecuzione dell'obbligazione principale, di cui l'ipoteca è la garantìa. Quando l'obbligazione principale è estinta, che cosa deve assicurare l'azione ipotecaria (2)?

Seconda posizione. — Quando la prescrizione veniva opposta dal terzo possessore dell'immobile ipotecato, il Diritto romano voleva applicati i principî generali in materia di prescrizione. E questi erano: che, nel concorso del giusto titolo e della buona fede, il terzo possessore prescriveva con dieci o venti anni; con trent'anni, nel caso opposto. Anche il nostro Codice, nell'art. 2030, richiama le regole stabilite nel

---

(1) « Et ita citius perit personalis quam hypothecaria, principalis quam accessoria. » Gotofredo, sulla detta Costituzione.

(2) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques,* num. 877.

titolo *Della prescrizione*. Ma però non è ammessa la prescrizione decennale a favore del terzo possessore; la legge vuole il *decorso di trent'anni*. E le regole stabilite nel titolo *Della prescrizione* ci dicono, che nella prescrizione di trent'anni, riguardo al terzo possessore di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile, non hanno luogo le cause d'impedimento enunciate nell'art. 2120.

Questa dottrina è svolta benissimo in un pronunziato della Corte di appello di Palermo. Ritenne la Corte, che, per l'articolo 2030 Codice civile, l'azione ipotecaria riguardo ai beni posseduti dai terzi possessori si prescrive col decorso di trent'anni. Tale principio non trova alcuna restrizione nell'articolo 2137, che dispone compiersi in dieci anni la prescrizione in favore dei terzi che abbiano posseduto con giusto titolo e buona fede, ma non parla delle azioni ipotecarie. Il voler limitare la disposizione dell'articolo 2030 ai soli casi in cui, per manco di titolo trascritto o di buona fede non sia luogo alla prescrizione ivi indicata, sarebbe ad un tempo illegale ed illogico. *Illegale:* perchè l'articolo 2137 si occupa delle azioni di dominio, e l'articolo 2030 parla delle sole azioni ipotecarie. Queste due azioni sono diverse, e possono bene essere rette da principî diversi. *Illogico:* perchè, nel modo come si pretenderebbe limitare, l'articolo 2030 non avrebbe alcuna ragione di esistere. Era forse necessario di dire, che quando non vi è titolo trascritto o quando manca la buona fede non sia possibile altra prescrizione che quella di trenta anni? Ognun vede che sarebbe bastato il silenzio, perchè si intendessero applicati i principî generali. Quando dunque l'articolo 2030 disse che la ipoteca si estingue in trenta anni, dettò una regola assoluta ed indeclinabile indipendentemente da quella che riguarda la proprietà. Vero è che l'articolo 2030 fa un rimando *alle regole stabilite nel titolo della prescrizione;* ma questo rimando si riferisce a tutto ciò che può riguardare la sospensione e la interruzione, non mai al tempo atto a prescrivere. Nè imponga, che con questo sistema la proprietà si potrebbe acquistare in soli dieci anni, e che la ipoteca, la quale è senza dubbio un diritto minore, avrebbe mestieri di un periodo due volte più lungo. Base alla prescrizione decennale sono due elementi, titolo trascritto e buona fede. L'acquirente dell'immobile ipotecato trascrive o no il suo titolo? Se non lo trascrive, manca uno dei due elementi,

e la prescrizione di dieci anni diventa impossibile. Se trascrive, si deve supporre che abbia consultati i registri, ed allora la buona fede sparisce. Un acquirente può non essere al caso di vedere e di esaminare i titoli che riguardano la proprietà; ma è troppo facile il consultare i registri ipotecari. La legge quindi non ha voluto scusare questa desidia; e non credendo di scusarla, non potea attribuirle l'effetto della buona fede. Tale ragione è palpabile e soddisfacente nel tempo stesso, e sorprende come si finga di non vederla (1).

Le ipoteche rinascono col credito, se il pagamento vien dichiarato nullo (art. 2031). L'ipoteca costituisce l'accessorio, la garantìa efficace del credito; quando il credito è estinto, deve estinguersi eziandio l'ipoteca. Se però il pagamento, mediante il quale il credito si era estinto, vien dichiarato nullo, il credito rivive, e rivive ancora l'ipoteca che ne forma la guarentigia.

L'ipoteca ogni qualvolta rinasce prende solamente grado dalla nuova iscrizione, se la precedente non è stata conservata (articolo 2032). Se la ipoteca rinata dovesse prender grado dalla precedente iscrizione non conservata, si lederebbero i diritti dei terzi: e questo il legislatore ragionevolmente non ha voluto. Fa d'uopo ricordare che uno dei principî fondamentali del sistema ipotecario è la pubblicità; quando essa manca, non può esistervi valida ipoteca.

Il principio enunciato nell'articolo 2032 del Codice ha formato argomento per risolvere gravissime quistioni che la giurisprudenza ha agitate. Noi vogliamo richiamare specialmente una sentenza della Cassazione di Torino ed un'altra della Cassazione di Roma.

Il Supremo Collegio di Torino decideva che, se il creditore acquista il fondo ipotecato a suo favore, la sua ipoteca non si estingue, ma soltanto rimane sopita; e, quando egli venga espropriato del fondo stesso, anche ad istanza dei propri creditori, l'ipoteca riprende efficacia, desumendo il grado dall'antica iscrizione, o dalla nuova, se la prima non fu conservata. « Quando il creditore viene espropriato dei beni acquistati dal suo debitore, imputando una parte del prezzo nella estinzione del suo credito, venendo per tal modo spogliato di

---

(1) Corte di appello di Palermo; sentenza dei 24 aprile 1880; nel *Foro italiano,* anno 1880, parte I, pag. 1249.

quanto aveva ricevuto in pagamento, risorge necessariamente il suo credito, ed ogni ragione di giustizia richiede che rinasca insieme la garanzia che gli era stata accordata, salvo a determinare il grado, secondo che venga conservata l'iscrizione o debba essere rinnovata. Quindi le disposizioni degli articoli 2017 e 2032 del Codice civile, che rispondono ai più ovvi principii di giustizia. E ciò spiega il perchè fra i diversi casi di estinzione della ipoteca, menzionati nell'articolo 2029 del citato Codice, il legislatore non ha contemplato quello in cui il creditore ipotecario sia divenuto proprietario dell' immobile ipotecato a suo favore; e perchè coll'articolo 2017 dello stesso Codice ha disposto che le ipoteche, che spettavano al terzo possessore sopra l'immobile rivivono dopo il rilascio da lui fatto o dopo la vendita all'incanto contro di lui seguìta, come gli spettavano prima del suo acquisto. » Nella specie l'acquirente, dopo l'acquisto, diventò debitore personale di chi ebbe a sperimentare la subasta del fondo. Osservò il Supremo Collegio: « L'articolo 2017 non fa distinzione di sorta fra terzo possessore personale debitore dell'espropriante, o non debitore personale; e dove la legge non distingue, non è lecito al giudice di fare distinzione (1). »

La seconda sentenza che vogliamo richiamare è del Supremo Collegio di Roma. Riteneva la Cassazione, che l'iscrizione ipotecaria, cancellata al sèguito di un atto portante il consenso del creditore, non riprende vita per posteriore dichiarazione di nullità intrinseca dello stesso atto risultante da sentenza emanata in contraddittorio fra creditore e debitore, sia pure tale dichiarazione annotata nei registri ipotecarii in margine alla iscrizione già cancellata. Questa annotazione potrà forse valere come una nuova iscrizione, ma l'ipoteca prenderà grado da essa. « Base del sistema ipotecario vigente è la pubblicità derivante dalla iscrizione (Codice civile, art. 1981). L'ipoteca *produce effetto* e prende grado dal momento della sua iscrizione (art. 2007). L'ipoteca si estingue in vari modi, in specie col pagamento del credito; ma se il pagamento vien dichiarato nullo, l'ipoteca rinasce (art. 2031), ma prende grado solamente dalla nuova iscrizione

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 13 febbraio 1891; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1891, parte I, pagina 240.

se la precedente non è stata conservata (art. 2032). Si dice che questo articolo si riferisce al caso della estinzione del diritto d'ipoteca, non a quello della cancellazione dell'iscrizione. L'obbietto non regge. L'art. 2032 così dispone: « L'ipoteca ogni qual volta rinasce prende solamente grado dalla nuova iscrizione, se la precedente non è stata conservata. » Qui la legge evidentemente contempla non il diritto ipotecario, quale è definito nell'articolo 1964, sibbene l'ipoteca produttiva di effetti *di fronte ai terzi*, quella cioè resa pubblica mediante iscrizione; tanto è vero che parla di nuova iscrizione e di iscrizione precedente. E siccome non può nascere l'ipoteca che in virtù dell'iscrizione, così non può rinascere che per una iscrizione nuova, ammenochè sia rimasta sempre in vita l'antica. Non è vero che la pubblicità spiega la sua azione nel solo caso in cui abbia per base atti validi ed efficaci, e che trattandosi di cancellazioni di iscrizioni hanno modo i terzi di esaminare i documenti depositati nell'uffizio di conservazione delle ipoteche, e di vedere se la cancellazione fu o no validamente consentita ed eseguita. Imperocchè la forma unica ed essenziale di pubblicità stando nel registro delle iscrizioni, i terzi non hanno obbligo che di esaminare questo nelle sue condizioni materiali; quindi, basta che una iscrizione vi figuri radiata perchè abbiano il diritto di ritenerla inesistente, sia bene o male avvenuta la radiazione. Se il conservatore ha errato nell'eseguirla, potranno gli interessati rivolgersi contro di lui pel risarcimento dei danni (art. 2067, Codice civile); ma non si dirà per questo che la cancellazione indebitamente operata deve considerarsi, rispetto ai terzi, come non fatta. » Soggiunse la Corte, che la radiazione della iscrizione produce i suoi effetti tanto riguardo ai creditori iscritti dopo, quanto riguardo a quelli iscritti prima della radiazione poi annullata (1).

177. Della cancellazione delle iscrizioni.

Bibliografia. — 1.° Puppa, *Se una sentenza d'appello contro la quale pende ricorso in cassazione o l'istanza per revocazione, o non sieno peranco scaduti i termini per produrli, costituisca cosa giu-*

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 10 dicembre 1891; negli *Annali*, anno 1892, parte I, pag. 19.

dicata (nel *Foro italiano,* anno 1882, parte I, pag. 210 e seg.); — 2.° Bortolucci, *Cosa giudicata e responsabilità del conservatore delle ipoteche* (Bologna, 1883); — 3.° Franceschini, *Sull' articolo 2039 Codice civile* (nel *Filangieri*, genn. e febb. 1887).

La cancellazione di una iscrizione è la dichiarazione, che questa iscrizione è oramai da considerarsi come non avvenuta. Tale dichiarazione si avvera mediante un'annotazione che il conservatore delle ipoteche fa in margine della iscrizione da radiarsi, indicando il titolo in virtù del quale la cancellazione ha luogo, ed il giorno in cui questa si esegue: annotazione che deve essere sottoscritta dal conservatore. La cancellazione fa sparire le tracce della pubblicità. Essa, dice il Troplong, è il mezzo di cui il debitore si serve per ristabilire il suo credito, ed annunciare al pubblico ch'egli è già liberato.

Una iscrizione può essere cancellata, sia col consenso della parte interessata, cioè del creditore o di quelli che lo rappresentano, sia giudizialmente in virtù di una sentenza o provvedimento passati in giudicato.

Della cancellazione per consenso del creditore favellano i primi tre articoli della presente sezione (1). Dei medesimi riferiamo il testo.

La cancellazione consentita dalle parti interessate sarà eseguita dal conservatore in seguito alla presentazione dell'atto portante il consenso del creditore. Per quest' atto devono osservarsi le disposizioni degli art. 1978, 1989 e 1990 (art. 2033). Tra gli articoli richiamati vi è pure l'art. 1989, il quale dispone: « Quando l'ipoteca deriva da atto privato, non se ne può ottenere l' iscrizione, se la sottoscrizione di chi l'ha acconsentita, non è autenticata da notaio od accertata giudizialmente. » Adunque, in tema di cancellazione consentita dal creditore, se l'atto da cui risulta il consenso di lui è una scrittura privata, la sottoscrizione deve essere auten-

(1) Il consenso dato dal creditore, il quale non è che una rinunzia *estintiva* della iscrizione, è un atto unilaterale, che non ha bisogno dell' accettazione del debitore. Questa rinunzia *pendet ab unius voluntate tantum*. (Donadeo, *De renunciat.*, Cap. I, num. 5). Il creditore, colla rinunzia, *de medio se tollit, ita se faciendo vel habendo mortuum*. (De Luca, *De renunciat.*, II, num. 5 e 6).

ticata od accertata nei modi stabiliti dalla legge. Il debitore (diremo col Mourlon), accompagnato dal creditore, si presenta al conservatore, e domanda la cancellazione della iscrizione. Il creditore dichiara che egli presta il suo consenso alla cancellazione. Il conservatore è tenuto ad obbedire? No. E la risposta negativa è spiegata da questa considerazione, che al conservatore non è dimostrata la identità della persona che si presenta colla qualità creditoria; forse è un terzo che si è fatto complice del debitore, allo scopo di ottenere fraudolentemente una cancellazione alla quale il creditore non ha voluto dare il suo consenso (1). Provvidamente il Codice dispone, che si deve presentare al conservatore un atto portante il consenso del creditore; e quest' atto deve essere tale, in rapporto alla forma, che non faccia sorgere nessun dubbio sulla identità personale di chi vi è principalmente interessato. Quegli che non ha la capacità per liberare il debitore, non può consentire alla cancellazione, se non coll'assistenza delle persone il cui intervento è necessario per la liberazione (articolo 2034). Il padre, il tutore ed ogni altro amministratore, ancorchè autorizzati ad esigere e liberare il debitore, non possono consentire alla cancellazione dell' iscrizione relativa al credito, se questo non viene soddisfatto (articolo 2035). Giova determinare la ragione del precetto racchiuso in quest'ultimo articolo. Si deve distinguere l' autorizzazione a ricevere il pagamento dalla rinunzia alla guarentigia ipotecaria prima dell'effettivo pagamento. Nel primo caso, il padre, il tutore, l'amministratore saranno tenuti a rendere conto delle somme percette; mentre, invece, se queste persone potessero liberamente consentire alla cancellazione anche senza il contemporaneo pagamento, non potrebbero esser chiamate a rispondere nel caso che, per la mancata garantìa, fosse impossibile ottenere l'adempimento dell'obbligazione (2).

L'art. 2036 riguarda la cancellazione ordinata dall'autorità giudiziaria:

La cancellazione, ivi è detto, sarà anche eseguita dal

---

(1) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, sull' art. 2157 del Codice francese.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. II, num. 103.

conservatore, quando viene ordinata giudizialmente con sentenza o provvedimento passati in giudicato. Essa verrà ordinata quando l'ipoteca non sussiste o l'iscrizione è nulla.

Questo articolo 2036 ha dato origine ad una gravissima controversia. È eseguibile la cancellazione di una iscrizione ipotecaria, ordinata con sentenza pronunziata in seconda istanza, quando non ancora è scaduto il termine per la rivocazione o cassazione, o contro la quale siasi prodotto ricorso per annullamento o domanda di rivocazione? A noi pare che si debba accettare la dottrina accolta dal Supremo Collegio di Napoli: nelle ipotesi superiormente figurate si deve sospendere la cancellazione della iscrizione. Osservò acconciamente la Cassazione che, adottando la contraria dottrina, sarebbe impossibile « il riparamento del pregiudizio derivante dalla esecuzione nel caso dell' annullamento o della rivocazione. » Aggiunse il Supremo Collegio: « Cancellata una volta la iscrizione, e riprendendo vita la ipoteca soltanto dalla data della nuova, secondo che è disposto nell'articolo 2032, la instaurazione del diritto creditorio che facesse seguito all' annullamento della sentenza in forza della quale si è proceduto, facilmente non potrebbe essere più attuata per la sopravvegnenza di altre iscrizioni per novelle obbligazioni contratte nell'intervallo dal debitore. E non si obbietti, che, nel caso, la riparazione del danno possa ottenersi sotto forma d'indennizzamenti od altra maniera; che, lasciando stare come spesso dipenda dall'anteriorità di grado la conservazione di un credito non esigibile altrimenti per la sopraggiunta insolvenza del debitore, quando la ragione creditoria si vede esposta a simili perigli per una inopportuna e troppo angusta divinazione del riposto concetto legislativo, il dubbio si ha da risolvere sempre nel senso, *ut res de qua agitur in tuto sit* (1). »

La cancellazione di un'iscrizione è un atto importantissimo. Ben è vero che, anche cancellata l'iscrizione, l'ipoteca sussiste, quando non si trovi estinta per una delle cause enunciate nella sezione precedente. Ma, perchè questa ipoteca produca effetto, è necessario che venga iscritta novellamente, e prenderà grado dalla novella iscrizione. Or questo grado molte

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 27 febbraio 1875; nella *Gazzetta del procuratore,* anno X, num. 18 (19 giugno 1875).

volte non garantisce il creditore, il quale è esposto a vedersi primeggiato da altri creditori, posteriori all'antica iscrizione cancellata, ma anteriori alla novella. Per evitare queste conseguenze perniciosissime, la legge dispone nell'art. 2037: Se fu convenuto od ordinato che la cancellazione non debba aver luogo che sotto condizione di nuova ipoteca, di nuovo impiego od altra, la cancellazione non sarà eseguita, se non si farà constare al conservatore che le condizioni si sono adempite.

I due ultimi articoli della presente sezione stabiliscono il procedimento da seguirsi perchè abbia luogo la cancellazione di una iscrizione:

Nel caso di cancellazione totale o parziale, quegli che la richiede deve rimettere all'uffizio del conservatore l'atto che vi fa luogo. La cancellazione di un'iscrizione o la rettificazione di essa si eseguirà in margine dell'iscrizione medesima, coll'indicazione del titolo con cui è stata consentita od ordinata, e della data in cui si eseguisce, e porterà la sottoscrizione del conservatore (articolo 2038).

Ricusando il conservatore di procedere alla cancellazione di un'iscrizione, la parte richiedente può richiamarsene al tribunale civile, il quale provvederà in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero e sentito pure d'uffizio il conservatore nelle sue osservazioni scritte. Contro il provvedimento del tribunale è ammesso il richiamo in appello ed in cassazione, in conformità delle leggi generali, osservate le anzidette forme di procedimento. Il tribunale può ordinare che siano chiamate le persone che si presumono interessate; in questo caso, o quando la domanda di cancellazione è proposta direttamente in contraddittorio degli interessati, si osservano le norme del procedimento sommario, sentito il pubblico ministero (art. 2039).

Sul primo capoverso dell'art. 2039 vuolsi osservare, che, nel Progetto presentato alla disamina della Commissione Coordinatrice, il medesimo era così formolato: « Contro il provvedimento del tribunale sarà ammesso il richiamo *della sola parte richiedente.* » La Commissione soppresse queste ultime parole, per due considerazioni. La prima, che il conservatore, mentre è interessato a difendere il suo onore, giovi anche col suo intervento all'interesse dei creditori, nè vi sia pertanto plausibile ragione per vietargli di richiamarsi del

provvedimento del tribunale. La seconda, che possa il conservatore essere anche interessato per il danno materiale delle spese nelle quali fosse stato condannato (1).

Dobbiamo integrare l'esame dell'articolo 2039 del Codice col ricordo di una massima accolta dalla Corte di appello di Bologna. Non è in colpa il conservatore che abbia cancellata l'iscrizione in forza di un decreto del giudice emesso sul suo rifiuto a cancellarla, sebbene il decreto stesso non fosse passato in giudicato. Osservò la Corte che, nel sistema del Codice civile italiano, è evidente la distinzione fra i due casi contemplati negli articoli 2036 e 2039. « Se si tratta di sentenza profferita tra le parti interessate, è d'uopo ch'essa sia passata in giudicato perchè si possa eseguire la cancellazione, mentre se trattasi di un decreto profferito contro il conservatore, che gli ingiunga di cancellare la iscrizione, la legge non dice affatto che quel decreto debba essere passato in giudicato, mostrando manifestamente che in questo caso non volle subordinare a quella condizione la esecuzione dell' ordine emanato dall'autorità giudiziaria. Siffatta distinzione poi si spiega agevolmente per l' indole giuridica e lo scopo di quello speciale provvedimento tracciato appunto dall'art. 2039 nel conflitto tra colui che intende far cancellare la iscrizione e il conservatore, che sebbene non vi abbia un interesse suo proprio, pure si ricusa di procedere alla cancellazione per non compromettere la propria responsabilità. Infatti, con questo procedimento, governato da forme eccezionali, in cui non si tratta di giudicare dei diritti delle parti interessate, ma di provvedere prontamente alla liberazione dei beni dai vincoli ipotecari di fronte alla responsabilità del conservatore, che per timore di comprometterla può opporsi, la legge ha stimato sufficiente il giudizio dell'autorità giudiziaria, ancorchè spogliato di quelle forme che sono proprie delle ordinarie contestazioni civili, fino al punto di rilasciare al prudente arbitrio del magistrato lo interrogare coloro che in qualche modo potessero apparire interessati nella iscrizione; ed è perciò coerente allo spirito, onde si mostra animata la legge in tutto l' insieme di quelle sue peculiari disposizioni, il non aver voluto sottoporre l'esecuzione del decreto che risolve il conflitto alla decorrenza dei termini stabiliti nei giudizi or-

(1) Verb. num. 43 della Commissione Coordinatrice.

dinari, perchè le sentenze o gli altri provvedimenti acquistino il carattere e la efficacia della cosa giudicata (1). » Adunque, nel caso preveduto dall'articolo 2039 del Codice, il conservatore è autorizzato a cancellare la iscrizione, in conseguenza del semplice decreto del magistrato. Ma il conservatore, per le ragioni esposte superiormente, è ammesso a reclamare in appello ed in cassazione contro il provvedimento del tribunale; e in tal caso, come decideva il Supremo Collegio di Torino, deve produrre il suo richiamo « nel termine e nelle forme dalla legge prescritte (2). » Gli annotatori della *Giurisprudenza* di Torino, glossando la sentenza del Supremo Collegio, notavano opportunamente che, tanto in primo grado, come in appello, quando l'appello è introdotto dal privato richiedente, il conservatore non essendo parte interessata, il procedimento in camera di consiglio è di rigore, il procedimento contenzioso è interdetto; e quando il richiedente procedesse in quest'ultima forma, nella forma di un giudizio contradditorio impossibile, facendo citare il conservatore, questo dovrebbe senz'altro assolversi dall'osservanza del giudizio. Ma la cosa muta affatto di aspetto allorquando il reclamo in appello o in cassazione è fatto dal conservatore che reclama contro il provvedimento del tribunale che dichiarò illegittimo il suo rifiuto, e gli ingiunse di eseguire la cancellazione. Allora cessano le ragioni per cui il procedimento dovrebbe essere di giurisdizione volontaria, e sottentrano ragioni contrarie che impongono il procedimento contenzioso. La parte richiedente, che ha per sè il provvedimento impugnato dal conservatore, ha il diritto di difenderlo nella via contenziosa. Le veci sono invertite; non si ha qui soltanto il conservatore, personalmente disinteressato, cui basti sentire d'ufficio nelle sue osservazioni scritte; ma invece un reclamo contro la vera, la sola parte interessata, che non può essere privata di un diritto, che non può essere pregiudicata nelle sue ragioni, se non in regolare giudizio. Se altrimenti fosse, il provvedimento potrebbe essere rivocato a

---

(1) Corte di appello di Bologna; sentenza degli 8 maggio 1891; nel *Foro italiano,* anno 1891, parte I, pag. 1204.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 9 giugno 1885; nel *Foro italiano,* anno 1885, parte I, pag. 1046. Nel *Foro italiano* sono riprodotte le annotazioni della *Giurisprudenza* di Torino.

totale insaputa dell'interessato, giacchè non si vedrebbe come questi, seguendosi il procedimento in camera di consiglio, potesse essere informato del reclamo del conservatore, e posto in grado di difendersi. Non vi sarebbe una disposizione che ordinasse al conservatore di notificare il suo ricorso allo interessato; e d'altra parte a questo non si potrebbe ragionevolmente applicare ciò che l'articolo 2039 prescrive a riguardo del conservatore, di sentirlo cioè d'ufficio nelle sue osservazioni scritte. Imperciocchè, se questo è possibile e razionale quando si reclama contro il rifiuto del conservatore, potendoglisi, qual funzionario, comunicare d'ufficio il reclamo a cura del pubblico ministero, sarebbe inattuabile a riguardo del privato interessato, non avendosi esempio di comunicazioni d'ufficio a privati interessati.

Chiudiamo la teoria della cancellazione delle iscrizioni col riferire una importantissima Circolare del Ministero di Grazia e Giustizia, in data di aprile 1891 (num. 8700), diretta alle Procure generali del Re, circa la cancellazione delle ipoteche iscritte a favore di Comuni o di Opere pie: « Il Ministero di Grazia e Giustizia, d'accordo con quello dell'Interno, con Circolare del 23 gennaio 1888, diretta ai Conservatori delle ipoteche, manifestò avviso che per la esecutorietà delle deliberazioni portanti assensi a cancellazioni di ipoteche iscritte a favore di Comuni o di Opere pie non occorra l'approvazione dell'autorità tutoria, allorchè l'assenso stesso non costituisce rinuncia ad un diritto, ma è la semplice conseguenza della estinzione di un'obbligazione. Tale distinzione avendo dato però luogo a qualche difficoltà, si è riesaminata la questione, ed in conformità anche a nuovo parere del Consiglio di Stato, si è ravvisato preferibile l'attenersi all'interpretazione più rigorosa della legge, tanto più che lo scopo che deve proporsi l'Amministrazione non può essere che quello di meglio garantire gli enti interessati; ciò che appunto si consegue col sottoporre all'approvazione della Giunta provinciale tutte indistintamente le deliberazioni concernenti cancellazioni di ipoteche. Rimangono così revocate le disposizioni date con la Circolare del 23 gennaio 1888 (1). » La *interpretazione più rigorosa*, comunicata con la Circolare del 1891,

---

(1) La Circolare da noi riferita è pubblicata nella *Legge*, anno XXXI, vol. II, pag. 611.

deve essere applaudita. Sin dai suoi tempi Vittorio Alfieri, nella Satira sui *Debiti,* lamentava che ogni Provincia, ogni Città stava in lite con la sua entrata annuale, e soggiungeva: « Ogni pubblica Azienda, o Spedaluzzo, Il Chirografo ottien, per cui consorte, Al Debitone ei fa suo Debituzzo. » Con quanta maggior ragione si potrebbero oggi ripetere queste considerazioni? Ora, quando si verifica il caso che il Comune o l'Opera pia hanno una ragione di credito, assicurata con ipoteca, non si deve ammettere che, senza l'intervento dell'autorità tutoria, a questa guarentigia si possa rinunziare. Accettandosi un diverso sistema, coll'accrescimento incessante dei debiti e colla iattura delle ragioni creditorie, si giustificherebbe la esattezza di ciò che aggiungeva l'Alfieri, vale a dire che, *per vie più dritte o torte*, i Comuni e le Opere pie si dirigevano alla mèta di *fallir franchi;* e questo certamente non sarebbe nè utile, nè, soprattutto, morale.

178. Del modo di liberare gl'immobili dalle ipoteche.

BIBLIOGRAFIA.—1.° Gombault, *De la purge des hypothèques* (Paris, 1853);— 2.° Dalmbert, *Traité théorique et pratique de la purge des privilèges et hypothèques* (Paris, 1892).

Le Leggi Toscane del 2 maggio 1836, nell'art. 151, così definiscono la purgazione delle ipoteche: « Il mezzo accordato al nuovo proprietario dell'immobile, che non è personalmente obbligato con i creditori del suo autore, per rendere libero l'immobile acquistato dagli oneri e dalle ipoteche infisse sul medesimo, e per conseguirne la piena e libera disponibilità. »

Nel Diritto romano nulla si trova circa la facoltà del terzo acquirente, di rendere liberi i beni dalle ipoteche che gravano su di essi. La *purgazione* delle ipoteche si deve al Diritto francese; il quale peraltro non fu costante nel determinare i modi come pervenirvi. Dapprima era in uso il *decreto volontario*. Luigi XV, con Editto di giugno 1771, vi sostituì le *lettere di ratifica*. Una legge di Brumaio anno VII introdusse un novello sistema fondato sulla trascrizione del titolo; il Codice Napoleone ritenne in molta parte le disposizioni di questa legge.

Il Codice italiano, nella sezione presente, ha egregiamente assolto il còmpito affidato ad una buona legislazione in questa materia: dare, cioè, i mezzi all'acquirente di render libera la sua proprietà, garantire pienamente i diritti dei creditori ipotecari. Le varie disposizioni racchiuse negli articoli di questa sezione rispondono acconciamente a quei principî economici, da cui si è fatto costantemente guidare il legislatore italiano nell'ordinamento di tutto il sistema ipotecario.

Chi può essere ammesso a liberare gli immobili dalle ipoteche? Quando può esservi ammesso?

Ogni acquirente, che non sia personalmente obbligato a pagare i creditori ipotecari, ha la facoltà di liberare gli immobili da ogni ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del suo titolo di acquisto (art. 2040). La facoltà di purgare appartiene ad ogni acquirente, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, ed anche a quello i cui diritti fossero sottomessi ad una condizione risolutiva (1).

Chi ha venduto un immobile, e così ha perduta la qualità di proprietario, non ha più titolo giuridico per promuovere il giudizio di purgazione rispetto al medesimo. Notò a tal riguardo il Supremo Collegio di Firenze: « Mediante l'istituto della purgazione, necessario complemento del sistema ipotecario, la legge ha voluto assicurare all'acquirente, col pagamento del prezzo, il possesso dell'immobile acquistato, la sua conservazione, la sua libera disponibilità, e in tal guisa rimuovere gli ostacoli, che la presenza dei vincoli ipotecari opporrebbe alle transazioni che hanno per oggetto la proprietà fondiaria, e rendere questa commerciabile nell'interesse della pubblica e privata ricchezza. Tale essendo lo spirito e lo scopo della legge, non basta essere stati proprietari dell'immobile, ma è d'uopo averne la proprietà al momento stesso in cui si procede alla purgazione, perchè solo in questa condizione si verificano quelle ragioni, per le quali fu introdotto questo mezzo legale per liberare i fondi dai vincoli ipotecari. Chi non è più proprietario di fronte alla legge non ha più neppure un interesse di purgare il fondo dai vincoli reali, che ormai non hanno più per lui alcun effetto. Le parole, *ogni acquirente,* usate dall'articolo 2040 a designare

---

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. I, num. 293.

la persona, cui è fatta facoltà di purgare i beni acquistati dai vincoli ipotecari, non hanno un significato diverso da quelle che adopera il Codice francese, quando parla di *terzo detentore*; e anche sotto l'impero di quel Codice, dal quale in sostanza proviene l'istituto della purgazione, la dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto, che il terzo possessore, in tanto abbia la facoltà di purgare l'immobile acquistato, in quanto ne sia proprietario al momento in cui adempie le formalità occorrenti alla purgazione. E se il Codice italiano alle parole *terzo detentore* sostituì la dizione *ogni acquirente*, ciò fece evidentemente, non per allontanarsi nella sostanza dal Codice francese e dalla corrispondente dottrina, ma per comprendere con maggiore precisione di linguaggio giuridico qualunque titolo di acquisto, fosse titolo oneroso o lucrativo, per il quale colui che intende purgare l'immobile ne fosse divenuto proprietario, e per eliminare il dubbio che la sola detenzione materiale, indipendentemente dalla proprietà, potesse autorizzarne la purgazione. Ed anche in questo il Codice italiano non fece altro che profittare delle osservazioni critiche, che insigni commentatori di quel Codice avevano fatte intorno alla poca esattezza della formula usata, modificandola appunto nel senso da loro indicato, col sostituirvi la locuzione *ogni acquirente*, che si legge nell'articolo 2040 (1). »

La facoltà di liberare gli immobili spetta anche dopo la notificazione del precetto coll'intimazione menzionata nell'articolo 2014, purchè nei venti giorni successivi l'acquirente faccia trascrivere il suo titolo che non fosse stato trascritto, e nel termine di giorni quaranta dopo la notificazione del precetto proceda in conformità degli articoli 2043 e 2044 (articolo 2041). Trascorso questo termine, l'acquirente perderebbe il diritto d'impedire il prosieguimento dell'azione ipotecaria; i creditori potrebbero pignorare e vendere a danno di lui l'immobile che ha acquistato (2).

E qui riesce utile osservare col Supremo Collegio di Napoli, che il termine dei quaranta giorni per iniziare il giudizio di purgazione è perentorio; esso peraltro rimane sospeso dall'opposizione al precetto fatta tempestivamente, sia dal de-

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 21 luglio 1892; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1892, parte I, pag. 889.

(2) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, num. 916.

bitore, sia dal terzo possessore: « Bene la Corte di appello ha ritenuto, alla base degli art. 2041 Cod. civ. e 729 Cod. di proc. civ., che il termine dei quaranta giorni per aprirsi il giudizio di purga sia di rigore, e che non possa evitarsi la decadenza ove sia decorso senza essersi adempito a quanto prescrive il detto art. 2041 Codice civile, ed in ciò è pur la dottrina concorde e la giurisprudenza. Ma questa sanzione ha pure luogo quando i precetti al debitore ed al terzo possessore siano opposti e penda il giudizio su tali opposizioni? Se il debitore ed il terzo possessore non possono per la pendenza delle opposizioni esser perseguitati col procedimento per la espropriazione, il compratore che vuol procedere alla purgazione è messo nonostante in mora a farla dal precetto opposto? La quistione va risoluta per la negativa, perchè diversamente si incontrerebbe una contraddizione tra l'art. 660 procedura civile e l'art. 2041 Codice civile, e ciò non può ammettersi. Se è il precetto che mette in mora il compratore, quando esso è sospeso, perde la virtù sua per siffatta costituzione in mora, come la perde per eseguirsi contro il debitore ed il terzo possessore. Non si darebbe al detto art. 660 la piena esecuzione, se si ritenesse che il precetto opposto in tempo utile fosse efficace a far decorrere i quaranta giorni. Invece, a conciliare le due disposizioni, è forza intendere quella dell'art. 2041 nel senso di riguardare essa il caso in cui il precetto non sia opposto, nel quale caso la legge ha voluto dare al terzo possessore la scelta, o di pagare, o di rilasciare, ed all'acquirente ancora l'altra facoltà di procedere al giudizio di purga (1). »

L'acquirente non può essere ammesso ad istituire il giudizio di purgazione, se prima non ha fatto iscrivere, in favore della massa dei creditori del venditore, l'ipoteca legale per garantìa del pagamento del prezzo della vendita, o del valore dichiarato, se si tratta di fondi avuti a titolo lucrativo o il cui prezzo non fu determinato (art. 2042).

Quali condizioni deve adempiere il terzo possessore che vuole liberare gli immobili dalle ipoteche che gravano sui medesimi?

La prima condizione, stabilita negli articoli 2040 e 2041, è la trascrizione del suo titolo di acquisto.

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 21 gennaio 1884; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1884, parte I, pag. 190.

La seconda condizione, stabilita nell'articolo 2042, è la iscrizione della ipoteca legale in favore della massa dei creditori.

La terza condizione è stabilita nell'articolo 2043: L'acquirente farà notificare per mezzo di usciere ai creditori iscritti, nel domicilio da essi eletto, ed al precedente proprietario: 1.° La data e natura del suo titolo; 2.° La qualità e situazione dei beni col numero del catasto o altra loro designazione, come risultano dallo stesso titolo; 3.° Il prezzo stipulato o il valore che dichiarerà, se si tratta di fondi avuti a titolo lucrativo o il cui prezzo non fu determinato; 4.° La data della trascrizione; 5.° La data e il numero d'ordine dell'iscrizione menzionata nell' art. 2043; 6.° Uno stato in tre colonne di tutte le iscrizioni sopra i detti beni, prese contro i precedenti proprietari anteriormente alla trascrizione. Nella prima colonna sarà indicata la data delle iscrizioni; nella seconda il nome e cognome dei creditori; nella terza l' importare dei crediti iscritti (1).

La quarta condizione è stabilita nell'articolo 2044: Nell'atto della notificazione il terzo possessore deve eleggere domicilio nel comune ove siede il tribunale competente per la subastazione, e offrire di pagare il prezzo od il valore dichiarato.

La quinta condizione, stabilita nel capoverso del suddetto articolo, si è la inserzione dell'estratto sommario di questa notificazione nel giornale degli annunzi giudiziari.

Quando il terzo possessore ha adempito alle condizioni sopra enunciate, sorge in ciascuno dei creditori iscritti il diritto di far vendere i beni all'incanto nel termine designato dalla legge. Statuisce a tal riguardo l' art. 2045: Entro il termine di giorni quaranta dalla detta notificazione ed inserzione, qualunque dei creditori iscritti o dei relativi fideius-

---

(1) Mediante questo quadro ciascun creditore vede all'istante la sua posizione; egli sa ciò che deve sperare o temere; scorge se sarà utilmente graduato, e se può essergli vantaggioso il chiedere la vendita all'incanto, affine di trovare con questo mezzo una somma ch'egli non avrebbe sul prezzo stipulato nel contratto o determinato dall'acquirente; gli serve infine di avviso per vedere se vi sono iscrizioni illegali che possono tornargli di pregiudizio. V. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, num. 917.

sori ha diritto di far vendere i beni all'incanto, purchè adempia alle seguenti condizioni: 1.° Che la richiesta sia per mezzo di usciere notificata al nuovo proprietario nel domicilio da lui eletto come sopra, ed al proprietario precedente; 2.° Che contenga l'obbligazione del richiedente di aumentare o far aumentare di un decimo il prezzo stipulato o dichiarato; 3.° Che l'originale e le copie di tale richiesta sieno sottoscritti dal richiedente, o dal suo procuratore munito di mandato speciale; 4.° Che il richiedente offra cauzione per una somma eguale al quinto dell'intero prezzo aumentato come sopra; 5.° Che la notificazione contenga citazione del nuovo e del precedente proprietario a comparire dinanzi al tribunale, perchè venga pronunziato sull'ammissibilità della cauzione e sulla richiesta dell'incanto. L'ommissione di alcuna di queste condizioni produce nullità della richiesta.

L'articolo 2046 stabilisce le conseguenze della mancanza di una valida oblazione da parte dei creditori iscritti: Se l'incanto non è domandato nel tempo e nel modo voluti dal precedente articolo, il valore dell'immobile rimane definitivamente stabilito nel prezzo stipulato nel contratto o dichiarato dal nuovo proprietario. Lo stesso immobile resta liberato dalle ipoteche relative ai crediti che non possono venire soddisfatti col detto prezzo. Riguardo alle altre ipoteche l'immobile ne è liberato a misura del pagamento dei creditori utilmente collocati o mediante deposito nei modi indicati dal Codice di procedura civile (V. art. 717 a 724, Cod. proc. civ.).

Come osserva egregiamente lo Zachariae, la mancanza di una valida oblazione non priva i creditori ipotecari del diritto d'impugnare, per causa di frode o di simulazione del prezzo vero, la trasmissione dell'immobile. Se, in conseguenza di una tale contestazione, il prezzo reale dell'alienazione è riconosciuto superiore alla somma indicata nel contratto o dichiarata dall'acquirente, l'eccedenza deve essere ripartita fra i creditori ipotecari a preferenza dei chirografari (1).

I termini fissati nei precedenti articoli non possono essere prorogati (art. 2047). La ragione su cui si fonda la improrogabilità dei termini in questa materia è evidente; la legge stabilisce un eguale diritto ed una eguale obbligazio-

---

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. I, § 294.

ne, tanto pel terzo possessore che vuol liberare da ogni vincolo ipotecario l'immobile acquistato, quanto pei creditori iscritti che vogliono garantire le loro ragioni che l'ipoteca tende a salvaguardare.

Quali sono gli effetti di una valida domanda di vendita all'incanto? Essendovi richiesta di vendita all'incanto, si osservano per gli atti preparatorii e per la vendita le forme stabilite dalle leggi di procedura civile (articolo 2048). Ma da qual punto deve incominciare la osservanza del procedimento stabilito per la spropriazione forzata? È cosa evidente, che le prime formalità della spropriazione forzata, come, ad esempio, il precetto, non possono convenire alla subastazione per vendita volontaria. Il creditore richiedente deve cominciare dal domandare all'autorità giudiziaria indicata dalla legge l'assegnazione dell'udienza in cui deve farsi l'incanto; quindi si procede alla formazione del bando ecc. (1).

Il compratore all'incanto, oltre al pagamento del prezzo dell'acquisto e di ogni relativa spesa, è obbligato a rimborsare l'anteriore acquirente delle spese del suo contratto, della trascrizione, dell'iscrizione voluta dall'art. 2042 (iscrizione dell'ipoteca legale per garantìa del pagamento del prezzo della vendita in favore della massa dei creditori del venditore), dei certificati del conservatore, della notificazione e della inserzione. Sono parimente a carico dello stesso compratore le spese fatte per ottenere l'incanto (art. 2049).

Se il terzo possessore si rende egli stesso compratore all'incanto, non è tenuto a far trascrivere la sentenza della vendita (art. 2050). In tal caso non è l'aggiudicazione che forma il vero titolo del terzo possessore. Il suo diritto di proprietà deriva sempre dal precedente acquisto che viene confermato; e, come dice Grenier, si trova purificato. La sentenza di vendita non fa che confermare un contratto di alienazione già trascritto.

La liberazione dalle ipoteche a favore dei compratori all'incanto ha luogo in conformità dell'art. 2046 (cap. dell'articolo 2050); cioè, colla sentenza di vendita all'incanto l'immobile resta liberato dalle ipoteche relative ai crediti che non possono venire soddisfatti col prezzo dell'aggiudicazione; riguardo alle altre ipoteche, l'immobile ne è liberato a mi-

(1) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, num. 960 ter.

sura del pagamento dei creditori utilmente collocati o mediante deposito nei modi indicati dal Codice di procedura civile.

La desistenza del creditore che ha richiesto l' incanto, non può impedire la subastazione, quantunque egli pagasse l'importare dell' offerto aumento, eccetto che alla desistenza espressamente annuissero tutti gli altri creditori iscritti (articolo 2051). Il procedimento per la subastazione costituisce un diritto di tutti i creditori debitamente iscritti; il creditore istante non è in certo modo che il loro *negotiorum gestor*; la sua rinunzia non può dunque esser loro di nocumento (1).

L'acquirente che è divenuto compratore all' incanto, ha regresso contro il venditore pel rimborso di ciò che eccede il prezzo stipulato nel suo contratto, e per gli interessi di tale eccedenza dal giorno di ciascun pagamento (art. 2052). Ad esempio, Pietro vende a Giovanni il fondo Tusculano per 50,000 lire; nel giudizio di purgazione, Giovanni ne è divenuto aggiudicatario per lire 65,000. Giovanni potrà domandare, che Pietro gli rimborsi le 15,000 lire da lui pagate oltre il prezzo stipulato nel contratto, con gl' interessi di tale eccedenza dal giorno di ciascun pagamento. Il venditore non potrebbe di ciò lamentarsi; imperciocchè questa somma delle 15,000 lire è servita per pagare i suoi creditori; ed il compratore è stato il suo *negotiorum gestor*.

Potrebbe osservarsi: se un estraneo fosse divenuto aggiudicatario del fondo per 65,000 lire, Pietro non sarebbe in alcun modo tenuto a pagare l'eccedenza del prezzo stipulato nel contratto di vendita; perchè obbligarvelo, quando al compratore piace di divenire aggiudicatario? Non torna difficile il rispondere. Se l'aggiudicatario è un estraneo, il venditore non ha contratto con lui precedentemente veruna obbligazione; il venditore, invece, ha promesso di lasciar godere la cosa al compratore pel prezzo di 50,000 lire, ed egli ha contratto questa obbligazione, dichiarando espressamente o tacitamente di non potere esigere altro. Ora, quando il compratore aggiudicatario paga altre 15,000 lire per conservare il godimento dell' immobile, egli, rispetto al venditore, per questa eccedenza non è che un prestatore di danaro di cui deve

(1) V. Troplong, *Ibidem*, num. 966.

essere rimborsato. Noteremo col Troplong, che il terzo possessore, quando sia evitto, ha ricorso per garantìa contro il venditore; la estensione e gli effetti di tale garantìa si determinano secondo le regole generali sulla garantìa per causa di evizione.

L'art. 2053 racchiude delle regole speciali, concernenti le alienazioni che comprendono più immobili, o che abbracciano ad un tempo mobili ed immobili. Esso è del seguente tenore: Nel caso in cui il titolo del nuovo proprietario comprendesse mobili ed immobili, ovvero più immobili, gli uni ipotecati e gli altri liberi, o non tutti gravati delle stesse iscrizioni, situati nella stessa o in diverse giurisdizioni di tribunali civili, alienati per un solo e medesimo prezzo o per prezzi distinti e separati, aggregati o non aggregati alla stessa tenuta, il prezzo di ciascun immobile assoggettato a particolari e separate iscrizioni sarà dichiarato nella notificazione del nuovo proprietario, ragguagliato sul prezzo totale espresso nel titolo. Il creditore maggior offerente non può in verun caso essere costretto ad estendere la sua offerta nè ai mobili, nè ad altri immobili, fuori di quelli che sono ipotecati pel suo credito, salvo il regresso del nuovo proprietario contro il suo autore pel risarcimento del danno che venisse a soffrire per la separazione degli oggetti compresi nell'acquisto e delle relative coltivazioni.

Due sono le disposizioni più importanti racchiuse in questo articolo. La prima, che il compratore deve dichiarare nella notificazione il prezzo di ciascun immobile che vuole liberare dalle ipoteche di cui è gravato, e questo prezzo vuolsi ragguagliare sul prezzo totale espresso nel titolo. I creditori ed il venditore stesso potrebbero far riformare il riparto stabilito dall'acquirente, quando il riparto contenesse una sproporzione nociva ai loro interessi (1). La seconda, che il creditore il quale richiede la vendita all'incanto non può essere costretto ad estendere la sua offerta nè ai mobili, nè ad altri immobili fuori di quelli che sono ipotecati pel suo credito. Scopo dell'offerta è quello di far vendere la cosa pel suo vero valore. Ora, come avverte il Troplong, il creditore non ha interesse alcuno a fare un'offerta maggiore se non per l'immobile sottoposto alla sua ipoteca.

---

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, Vol. I, § 294

179. Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede.

Bibliografia. — 1.° Blondeau, *Traité de la séparation des patrimoines, considérée spécialement à l'égard des immeubles* (Paris, 1840); — 2.° Dufresne, *Traité de la séparation des patrimoines* (Orléans, 1842);—3.° Welter, *De la séparation des patrimoines* (Paris, 1852);— 4.° Bethmont, *De la séparation des patrimoines* (Paris, 1855); — 5.° Genty, *De la nature légale de la séparation des patrimoines* (nella *Revue critique de législation,* Vol. VIII, anno 1856);—6.° Righini, *La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede* (Milano, 1869);—7.° Bourdon, *De la séparation des patrimoines* (Paris, 1869);—8.° Michel, *De la séparation des patrimoines* (Paris, 1870); — 9.° Guillonnet, *De la séparation des patrimoines* (Rennes, 1873); — 10.° Ropars, *De la séparation des patrimoines* (Caen, 1874); — 11.° Levi, *Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, e specialmente dei rapporti che ne risultano tra i creditori del defunto e quelli dell' erede* (Prato, 1875); — 12.° Boitelle, *De la séparation des patrimoines* (Douai, 1875);—13.° Noirel, *De la séparation des patrimoines* (Paris, 1875);— 14.° Tartufari, *Della separazione dei patrimoni* (nell'*Archivio giuridico,* Vol. XVI, anno 1876);—15.° Melucci, *Trattato della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede* (Torino, 1878); — 16.° Saija, *Degli effetti del beneficio della separazione dei patrimoni nel caso che l'eredità è divisa fra più eredi* (nel *Filangieri,* sett. 1878); — 17.° Loison, *De la séparation des patrimoines* (Paris, 1881); — 18.° Tiepolo, *Della nuova fase del diritto successorio, e suoi rapporti colla separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede* (nel *Monitore dei tribunali,* anno 1885, pag. 713 e seg.);—19.° Tassi, *La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede; quale sia il carattere legale di questo istituto giuridico* (nell' *Archivio giuridico,* Vol. XLI, anno 1888); — 20.° Losana, *Studi sulla separazione dei patrimoni* (nella *Temi Veneta,* anno 1888, pag. 85 e seg.); — 21.° Mirabelli, *Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, secondo il Diritto romano e il Codice civile italiano* (nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano,* Vol. I, Torino, 1889); — 22.° Sansonetti, *Effetti della separazione di patrimoni nei rapporti tra il creditore che l'ha domandata e gli altri creditori del defunto che non l'hanno domandata* (nel *Foro italiano,* anno 1890, parte I, pag. 64 e seg.).

L'espressione *separazione dei patrimoni (separatio bonorum)* trae origine dal Diritto romano. Per espropriare un debitore i creditori si facevano inviare in possesso di tutti i suoi beni, ch'erano in sèguito aggiudicati in massa al maggiore offerente. Nella specie, i creditori ereditari erano inviati in possesso dei beni lasciati dal defunto, mentre che i creditori dell'erede facevansi inviare, se ne era il caso, nel possesso dei beni di quest'ultimo. Avveravasi in tal guisa, sotto il punto di vista della espropriazione, separazione dei due patrimoni. L' espropriazione, dice Ulpiano, avea luogo come se si fosse trattato di due debitori, *quasi duorum fieri bonorum venditionem* (L. 1, § 1, D. *de separationibus*). Osserva in proposito il sommo Cuiacio: « Beneficium separationis est, quod scilicet praetor dat creditoribus hereditariis desiderantibus separari se a creditoribus heredis, ac similiter bona hereditaria separari a bonis heredis, forte quod bona hereditaria sunt idonea dimittendis creditoribus hereditariis, qui defuncti creditores fuerunt, bona autem heredis non sunt idonea dimittendis creditoribus heredis, ut scilicet in hereditariorum bonorum possessionem veniant soli creditores hereditarii, et in possessionem bonorum heredis creditores heredis, non omnes confuse in omnia bona tam defuncti, quam heredis (1). » Per effetto della cosidetta *confusio,* ed in sèguito dell' acquisto dell' eredità, i due patrimoni, quello del defunto e quello dell'erede, non formano che un solo patrimonio, che diviene esclusivamente proprietà dell'erede. Il Diritto romano ammise due mitigazioni per questo principio. L'una, in pro dell'erede, ed era il *beneficium inventarii.* L'altra, destinata specialmente a favorire i creditori ereditari, ed era la *separatio bonorum* (2). Il Diritto moderno accettava i due istituti del Diritto antico.

Determinata la genesi storica della *separazione dei patrimoni,* dobbiamo assegnare il fondamento razionale di tale istituto, che il Diritto moderno mutuava dal Diritto romano, pure introducendo, nell' ordinamento di esso, delle radicali modificazioni consigliate dai principî che governano il si-

---

(1) V. Cuiacio, *Recitationes solemnes*, Ad L. 5, D. *de separationibus* (Vol. V, col. 1097-98 dell'ediz. napoletana del 1758).

(2) V. Marezoll, *Trattato delle istituzioni del Dritto romano,* trad. Polignani, § 216; Napoli, 1866

stema ipotecario. Assolveremo il còmpito che ci siamo proposto, riassumendo le acconce considerazioni del Mirabelli. I creditori dell'erede, essendo suoi aventi causa, debbono subire le conseguenze del fatto del loro debitore. Se hanno avuto fiducia in lui, perchè lo hanno saputo accorto e diligente, è da presumere nel loro interesse, che il debitore accettando puramente l'eredità senza il benefizio dell'inventario, abbia creduto essere a lui e ai suoi creditori vantaggiosa; e se egli si è ingannato, l'effetto deve necessariamente risentirsi anche dai suoi creditori. Costoro non hanno altro diritto, che quello somministrato dal diritto comune, impugnare cioè l'accettazione, fatta nel fine di frodare i loro diritti. Se i creditori dell'erede non sono puramente fiduciari, ma forniti di qualche garantìa, questa continua ad avere la sua vita giuridica; imperocchè, come l'accettazione non distrugge le garantìe reali, esistenti sul patrimonio del defunto, così conserva ancora intere quelle già acquistate contro il patrimonio dell'erede dai suoi creditori. Ma non può dirsi lo stesso dei creditori del defunto: costoro hanno trattato col defunto, hanno avuto fiducia in lui, nella sua mente e nella sua probità. La sua morte rompe questa fiducia personale, sostituendosi a lui altra persona, od altre persone che prendono il suo posto, ad essi talvolta ignote, e senza il loro consenso. È un nuovo debitore, o sono più debitori sostituiti all'antico, ai quali si trasmette, è vero, il patrimonio del defunto, ma questo è nell'atto della trasmissione confuso col patrimonio dell'erede, se ne abbia. Divenendo i creditori del defunto creditori dell'erede, si confondono con i creditori dell'erede, e tutti indistintamente sono da soddisfare su di una massa unica di beni. Il danno dei creditori del defunto in questo caso può essere grave. Ancora che l'erede abbia un patrimonio o non abbia debiti, può essere un uomo poco accorto, un dissipatore, un tale nel quale i creditori possono non aver fiducia, e temere un danno futuro, qual'è quello loro proveniente dalle obbligazioni e dalle alienazioni che può fare di entrambi i patrimoni indistinti. I creditori del defunto hanno dunque diritto, per il solo fatto della morte del loro debitore, ad una *garantìa speciale,* la quale è stata universalmente conosciuta sotto il nome di *diritto di separazione.* Tale garantìa doveva concedersi anche ai legatari. In ogni tempo si è avuta come sacra la esecuzione della volontà del defunto. Il Codice francese concesse

ai legatari un'ipoteca legale. Il Codice italiano negava a favore dei legatari questa ipoteca legale, per non rendere la loro condizione migliore di quella stabilita pei creditori del defunto, ma riconosceva in essi la facoltà di giovarsi del diritto di separazione (1).

Giusta l'articolo 2055, la separazione ha per oggetto il soddisfacimento, col patrimonio del defunto, dei creditori di lui e dei legatari che l'hanno domandata, preferibilmente ai creditori dell'erede. Di qui si trae, che la separazione dei patrimoni può definirsi: un benefizio legale in virtù del quale ogni creditore di una eredità ed ogni legatario, adempiendo a date condizioni, è autorizzato a far cessare la confusione giuridica del patrimonio del defunto con quello dell'erede, affine di sottrarsi al pregiudizio che tal confusione avrebbe potuto cagionargli (2).

Chi può domandare la separazione dei patrimoni? L'articolo 1032 concede questo diritto a tutti i creditori della eredità ed a tutti i legatari senza eccezione; qualunque siano, d'altra parte, le modalità dei loro crediti e dei loro legati, e la forma degli atti istrumentari che li comprovano. Così, nota lo Zachariae, i creditori condizionali o a termine possono prevalersene al pari di quelli il cui credito sia attualmente esigibile; i creditori latori di scritture private al pari di quelli muniti di atti autentici. Non solo i creditori chirografari, ma eziandio gli ipotecari ed i privilegiati possono avvalersene. Dice espressamente l'articolo 2054, che il diritto alla separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, di cui è cenno nell'articolo 1032, spetta anche a quei creditori e legatari che hanno già un'altra garantìa sui beni del defunto. Quantunque i creditori privilegiati e gli ipotecari non abbiano bisogno di ricorrere alla separazione dei patrimoni per conservare i loro privilegi e le loro ipoteche, possono tuttavia avere interesse a servirsi di questo benefizio largito dalla legge, sia per assicurarsi un diritto di preferenza su quei beni ereditari che non fossero colpiti dai loro privilegi

---

(1) V. Mirabelli, *Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede secondo il Diritto romano e il Codice civile italiano*, num. 25; nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano;* Torino, 1889.

(2) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. II, § 618.

e dalle loro ipoteche; sia per allontanare i creditori dell'erede, i quali per effetto della confusione dei patrimoni potrebbero acquistare diritti preferibili ai loro.

I creditori e i legatari che avessero fatta novazione accettando l'erede per debitore, non hanno diritto alla separazione (art. 2056). In tal caso, per effetto della novazione, il credito verso l'eredità è estinto; non esiste che un credito verso l'erede; come potrebbe dunque concepirsi separazione di patrimoni? L'articolo 2056 del nostro Codice risponde sostanzialmente all'articolo 879 del Codice francese: « Ce droit (de séparation) ne peut cependant plus être exercé, lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. » Gli espositori del Codice francese discutono lungamente per determinare di quale novazione il legislatore intende parlare in tema di separazione. E la controversia si è pure sollevata fra i commentatori del Codice italiano. Generalmente si ritiene che la novazione, accennata nell'art. 2056 del Codice italiano e nell'art. 879 del Codice francese, sia una novazione *sui generis*, una tacita rinunzia che faccia il creditore al suo diritto di separazione, quando i contratti fatti coll'erede, e gli atti fatti contro di lui importino necessariamente la determinata sua volontà di accettarlo come diretto suo debitore. Contro questa teoria insorge il Mirabelli. Avuto riguardo specialmente al sistema del Codice italiano, in tema di separazione, egli sostiene che la novazione, di cui è parola nell'art. 2056, non può essere che la *novazione oggettiva,* preveduta nel numero primo dell'art. 1267. Se l'erede contrae un nuovo debito verso il creditore ereditario o il legatario, sostituendolo all'antico, che rimane estinto, si estingue come conseguenza il diritto alla separazione, che ne è l'accessorio. La novazione soggettiva non è possibile, giusta il sistema del Codice italiano. Imperocchè ha luogo la soggettiva, quando un nuovo debitore è sostituito all'antico, il quale viene liberato dal creditore. Ora, l'erede è la stessa persona del defunto, è la sua continuazione giuridica, in modo che il creditore ereditario ed il legatario non hanno che un solo debitore, che è l'erede; la sostituzione dell'erede al defunto avviene per legge, senza volontà del creditore, e se questi accetta la sostituzione, ossia se accetta l'erede come debitore, non potrebbe fare altrimenti, nè potrebbe fare per questo *novazione*. La novazione è messa

nell' art. 2056 come una cosa diversa dall' accettazione dell'erede per debitore: esso non dice, che chi accetta l'erede per debitore faccia novazione: dice invece che quando siasi fatta novazione del credito o del legato, accettando l'erede per debitore, non si ha diritto alla garantìa reale della separazione. Sono dunque necessarie due condizioni per la perdita del diritto alla separazione: *novazione* e *non soggettiva*, ossia *accettazione dell'erede per debitore*. Nel sistema del Codice italiano « l'effetto prodotto dalla separazione dei patrimoni è solo quello del privilegio o dell' ipoteca (art. 2063, 2065). Onde tutti i diritti, che la legge dà ai creditori ereditari ed ai legatari non patiscono eccezione. Ed i creditori esercitando tutti questi diritti non perdono il vincolo reale nel patrimonio del defunto, salvo il caso di una novazione oggettiva. Quella parte della scuola italiana, la quale si fa a dubitare di questa verità giuridica, non avverte la profonda mutazione, che il Codice ha fatto alla dottrina precedente, la quale tanto impero tuttavia esercita nella scuola e nella giurisprudenza, solo perchè il Codice ha creduto esprimere col linguaggio tradizionale idee diverse e contrarie a quelle che esso esprimeva (1). »

Circa la separazione dei patrimoni, il Codice dovea scegliere tra due sistemi: 1.° quello della separazione *collettiva*, consistente nell'ordinare che il patrimonio del defunto, preso in massa, non potesse essere toccato dai creditori dell' erede prima dell'intera soddisfazione dei creditori ereditari e dei legatari ; 2.° quello della separazione *individuale*, consistente nell' autorizzare ciascun creditore e ciascun legatario ad acquistare sul patrimonio del defunto un diritto di preferenza riguardo ai creditori dell'erede. Ulpiano non dubita di seguire il secondo sistema (2), il quale è stato pure adottato dal nostro legislatore. Giusta l' art. 2063, la separazione dei patrimoni non giova che a coloro che l'hanno domandata, e non altera fra di essi riguardo ai beni del defunto l' originaria condi-

---

(1) V. Mirabelli, *Ibidem*, num. 27 e 30.

(2) « Quaesitum est si forte sint plures creditores, quidam secuti heredem, quidam non secuti, et hi qui heredem secuti non sunt, impetraverint separationem, an eos secum admittant, qui secuti sunt? Et putem, nihil eis prodesse: hos enim cum creditoribus heredis numerandos. » (L. 1, § 16, D. *Ibidem*).

zione giuridica dei titoli rispettivi e i loro diritti di poziorità. Disse al proposito il Pisanelli nella *Relazione ministeriale*: « Erasi dubitato se la domanda del benefizio di separazione fatta da alcuno degli interessati giovasse pure agli altri. La giurisprudenza si pronunziò generalmente per la negativa. Dovendo la domanda del benefizio indicare la somma per cui è chiesta la separazione, non può operare che sino a concorrenza di questa somma riguardo ai terzi; stabilendo altrimenti, si derogherebbe al principio della pubblicità. Nè si può ammettere che gli altri creditori o legatari si prevalgano della separazione ottenuta da alcuno di loro sino alla concorrenza della relativa somma; imperocchè il creditore o legatario che fu diligente a cautelare il suo diritto contro i terzi, sarebbe in tal caso pregiudicato dal concorso di quelli che non pensarono a guarentirsi. Fu quindi stabilito che la separazione dei patrimoni non giova che a coloro che l'hanno domandata; ma non altera fra essi, riguardo ai beni del defunto, l'originaria condizione giuridica dei titoli rispettivi e i loro diritti di poziorità. »

Il testo dell' articolo 2063 e le parole della *Relazione ministeriale* dianzi riferite *coniurant amice* nel rendere evidentissimo questo concetto: che i creditori del defunto, i quali han chiesto la separazione dei patrimoni, non possono vantare alcun diritto di preferenza di fronte agli altri creditori che non l' hanno chiesta. Troviamo in proposito una sentenza del Supremo Collegio di Firenze, dove, in modo irrepugnabile, è stabilita questa dottrina. Lo scopo della separazione dei patrimoni, osservò la Corte, è quello di assicurare ai creditori del defunto, e sui beni di esso, quello che loro spetti in pagamento del credito, e d' impedire che sia diminuito dai creditori dell'erede. La sua efficacia è limitata a difenderli dal concorso di questi soli creditori, e non si estende a dar loro preferenza su quelli del defunto, i diritti dei quali rimangono quali erano prima, sia che niuno abbia chiesto la separazione, sia che l'abbiano chiesta tutti, o alcuno soltanto. Quelli tra essi *qui sequuti sunt nomen haeredis* sono esposti a perder parte del credito per causa dei creditori di lui, non per causa di chi ha chiesto la separazione. Tale si è il concetto e la efficacia giuridica di questo benefizio, quale fu immaginato dal Pretore romano (L. 1, § 16, D. *de separationibus*), e quale è stato ritenuto da tutte

le legislazioni, ed anche dal nostro Codice civile, siccome risulta dal suo articolo 2063. Non è vero, soggiunse la Corte, che il mentovato articolo 2063, dicendo che la separazione *giova* soltanto a chi l'abbia chiesta, significa che gli altri creditori del defunto, in pena della loro negligenza, divengano inferiori a lui di grado. Imperocchè la utilità connaturale alla separazione è di salvare, come si è detto, dal concorso dei creditori dell'erede; ed è questa la utilità che la legge intende concedere a chi l'abbia chiesta. In altri termini: la separazione giova per conservare sui beni del defunto debitore comune le garantie che si hanno, non per nuocere agli altri, che hanno eguali diritti e vincerli di grado. Nemmeno sussiste, che quell'articolo, nel prescrivere, che la separazione non altera sui beni del defunto la condizione giuridica tra i creditori che l'han domandata, ammetta che quella condizione rimanga alterata tra essi e i creditori che non l'han chiesta. Se ben si considera, il significato di una tale disposizione questo, e non altro, si è, che per quelli che han chiesto la separazione non procede la regola, *prior in tempore, potior in jure,* ma si ha riguardo ai rispettivi titoli e diritti di poziorità, per modo che i chirografari che hanno eguali diritti concorrono per contributo, senza curare la data della domanda e dell'iscrizione del benefizio, e vincono sempre i legatari, sebbene questi l'abbiano chiesto o iscritto prima di essi. Ma rimane sempre fermo il principio, che la separazione non ha effetto di fronte ai creditori del defunto, e giova soltanto di fronte a quelli dell'erede (1).

Per spiegare con evidenza il sistema della legge è opportuno far ricorso ad un esempio; e quello che presenta il Ricci ci sembra chiarissimo. I creditori chirografari del defunto sono due, e ciascuno ha diritto a 5,000 lire. L'attivo ereditario giunge appena ad 8,000 lire. Uno soltanto dei creditori del defunto domanda in tempo utile la separazione. Quale è, nella specie, il diritto dei creditori del defunto, sia nei rapporti vicendevoli, sia di fronte ai creditori propri dell'erede? Si deve, forse, ritenere che quegli che chiese la separazione ha diritto di essere preferito a colui che non la chiese, e così di conseguire integralmente le lire 5,000 cui

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 4 maggio 1876; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1876, parte I, pag. 247.

ammonta il suo credito, lasciando le altre 3,000 a disposizione del creditore che non domandò la separazione e dei creditori propri dell'erede? Ovvero, vuolsi ritenere che, non avendo il creditore che domandò la separazione alcun diritto di poziorità sull'altro che non la richiese, saranno entrambi ammessi a concorrere per contributo, di modo che il primo riceverà lire 4,000, e sulle altre 4,000 lire concorreranno egualmente il secondo creditore del defunto e i creditori propri dell'erede? Deve accettarsi questa seconda risoluzione. La legge, concedendo il benefizio della separazione, vuole che per mezzo di questo i creditori del defunto conservino inalterata la loro condizione in rapporto al patrimonio del medesimo; in modo che essa non possa essere alterata dal concorso dei creditori dell'erede. Se il patrimonio del *de cujus* si fosse liquidato all'aprirsi della successione, i creditori dell'erede non vi avrebbero avuto alcun diritto, e ciascuno dei due creditori del defunto, nella ipotesi superiormente raffigurata, avrebbe percepito lire 4,000. Ora l'istituto della separazione mira a conservare inalterata questa condizione di cose rimpetto ai creditori propri dell'erede; dunque il creditore che chiese la separazione, se può giovarsi di questa allo scopo di escludere, in suo concorso, i creditori dell'erede dai beni della successione, non se ne può giovare per crearsi un diritto di preferenza sull'altro creditore del *de cujus,* che non si curò di domandarla. Il danno che a quest' ultimo deriva dalla sua negligenza è quello di dover concorrere, unitamente ai creditori propri dell'erede, sulle 4,000 lire che residuano, dopo pagata altrettanta somma al creditore che fu diligente, ma non l'altro di vedersi ridotta a 3,000 lire la somma sulla quale deve concorrere, per effetto della preferenza accordata all'altro creditore (1).

Insegna il Tartufari, che il diritto di domandare la separazione non può esercitarsi se non sulla universalità del patrimonio del defunto, non su taluni soltanto dei beni mobili od immobili da cui esso è costituito. Invero, osserva il Tartufari, l'articolo 1032 del Codice civile dichiara, che i creditori della eredità ed i legatari possono domandare la separazione del *patrimonio* del defunto da quello dell'erede; e

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. X, numero 298.

l'art. 2054 soggiunge appartener loro cotale diritto ancorchè abbiano un'altra garantìa. Causa finale della separazione è il soddisfacimento dei creditori e legatari col *patrimonio* del defunto, non coi beni particolari di lui (art. 2055). Il vincolo reale di garantìa si fa pubblico in diverso modo rispetto ai mobili e rispetto agli immobili (art. 2059, 2060), ma cotesta varietà di modo, necessitata dalla diversa natura degli obietti, risguarda sempre la universalità del patrimonio, non le singole parti del medesimo. Perchè la separazione di due universalità confuse ha un obiettivo ideale di grande importanza: la più alta razionalità e le necessità della vita pratica la consigliano del pari. Togliete di mezzo il concetto della universalità e tutti cotesti motivi si dileguano immantinenti (1). Dopo di aver riferite le parole del Tartufari, noi però dobbiamo soggiungere immediatamente che, tenuto conto dell'ordinamento del nostro Codice in tema di separazione, questo concetto non può accettarsi assolutamente in rapporto agli immobili che formano parte del patrimonio del defunto. Ben è vero, che il Codice parla di separazione del *patrimonio* del defunto da quello dell'erede; e chi dice patrimonio accenna ad una universalità di diritti. Paolo Rubeo, annotando una decisione della Ruota Romana, richiamava le parole di Bartolo, il quale, ispirandosi al concetto dei giureconsulti romani, diceva: *patrimonium est nomen universale* (2). Ecco perchè, in tesi generale, si può e si deve affermare che il diritto di separazione si sperimenta sulla universalità dei beni del defunto. Ma il Codice, in rapporto agli immobili, statuisce pure che la separazione si esercita mediante l'iscrizione del credito o del legato *sopra ciascuno degli immobili*. Dunque se il creditore od il legatario ha preso iscrizione sopra un solo immobile, è chiaro che soltanto questo immobile resta specialmente vincolato in suo favore. È questa una delle non poche differenze, in tema di separazione, tra il Diritto antico e quello stabilito dal nostro Codice; la riproduzione dell'antica terminologia non deve autorizzare l'in-

(1) V. Tartufari, *Della separazione dei patrimoni;* nell'*Archivio giuridico,* Vol. XVI (anno 1876).

(2) Ruota Romana; decisione dei 17 dicembre 1641; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum,* Pars IX, Vol. I, num. 56; Venetiis, 1716.

terprete ad accettare delle norme che sono respinte dal testo medesimo della legge vigente.

Al Supremo Collegio di Torino si presentò la disamina di tale quistione: può dai creditori chirografari del defunto iscriversi la separazione del patrimonio sui beni del defunto stesso stati da costui particolarmente legati? La Corte decise negativamente. La separazione dei patrimoni ha per oggetto d'impedire il concorso dei creditori dell'erede con quelli del defunto; e quindi la separazione suddetta non può riguardare beni, che, appunto per non essere mai entrati nel patrimonio dell'erede medesimo, sono sottratti all'azione dei creditori di lui. E benchè sia vero che *nemo liberalis nisi liberatus*, e che tutti i beni del debitore formano la garantìa dei creditori, vuolsi pur riconoscere che l'istituto della separazione dei patrimoni è retto dalle sue regole particolari, le quali non contraddicono alla distinzione delle azioni reali da quelle personali, giusta la quale i beni non possono seguitarsi presso i terzi, salvo che in virtù di un diritto reale: diritto che non può certo sorgere dalla morte del debitore, mentre la prelazione, che per questo fatto la legge costituisce, non si estende fra creditori e legatari del defunto medesimo. La facoltà che questi ultimi hanno di iscrivere pur essi la separazione, appunto come possibili creditori dell'eredità, non autorizza i primi a ritorcere la facoltà medesima contro di loro (1). Indubbiamente tale dottrina non può essere accolta. Essa è respinta dal testo chiarissimo dell'articolo 1033 del nostro Codice, il quale statuisce che: « il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditari, salva però ai creditori l'azione ipotecaria sul fondo legato *e salvo altresì il diritto di separazione.* » Il Codice, con savio consiglio, ha voluto impedire che il testatore, facendo ricorso ad una serie di disposizioni particolari, recasse pregiudizio ai propri creditori. Soltanto in rapporto ai legatari di una somma si può affermare che ai medesimi non compete il diritto di separazione sull'immobile particolarmente legato. In proposito, giova richiamare l'osservazione fatta da un valoroso interprete del sistema del nostro Codice circa l'istituto della separazione dei patrimoni. Se il legatario della somma avesse

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 26 aprile 1880; nel *Giornale delle leggi,* anno XII, num. 28.

un diritto di garantìa sul fondo legato, eserciterebbe sul legatario del fondo un diritto di preferenza che il testatore poteva concedergli, ma non gli ha concesso.

Il diritto alla separazione non può esercitarsi che nel termine perentorio di tre mesi dal giorno dell'aperta successione (art. 2057). È necessario, disse il Pisanelli nella *Relazione ministeriale*, di concedere un termine sufficiente per l'iscrizione del menzionato benefizio, e dare a questa un effetto che risalisse al tempo dell'aperta successione. Diversamente, la separazione sarebbe stata inutile nel maggior numero dei casi, a sèguito delle ipoteche acquistate contro l'erede e delle alienazioni da lui fatte; ma nello interesse della pubblicità del sistema ipotecario, quel termine non doveva essere soverchio, e fu perciò ridotto a tre mesi.

Il termine di tre mesi dal giorno dell'aperta successione, stabilito dall'articolo 2057 del Codice civile, per esercitare il diritto alla separazione dei patrimoni, si computa a norma del calendario gregoriano, e non secondo la disposizione eccezionale contenuta nell'articolo 2133, relativa soltanto alla prescrizione. Osservò in proposito la Corte di appello di Lucca: « Stando al comune linguaggio il mese deve calcolarsi in base al calendario gregoriano. La regola contraria stabilita nell'articolo 2133, essendo di natura speciale, non può estendersi oltre il caso ivi contemplato, che è quello delle prescrizioni liberatorie; epperò non deve applicarsi alle decadenze, fra le quali viene annoverato il termine di cui nell'art. 2057 del Codice civile. Se le decadenze e le prescrizioni hanno talvolta dei punti di contatto o di somiglianza, presentano in altri riscontri delle notevoli differenze; ond'è che nessun argomento d'analogia può con sicurezza stabilirsi per applicare alle decadenze le regole dettate per le prescrizioni. Poco importa che la tesi contraria sia prevalente nella giurisprudenza francese, perchè nei Codici di quella nazione non esiste alcuna norma speciale per computare il mese in modo diverso dal calendario. Invece quando la disposizione in esame comparve la prima volta nel Codice Albertino, si formò subito nei tribunali sardi una giurisprudenza, costantemente mantenuta, la quale respinse per le decadenze la comunanza delle regole dettate per le prescrizioni. Ora, avendo il Codice italiano riprodotto semplicemente la identica disposizione, non v'era ragione da variare quella giurisprudenza, la quale ef-

fettivamente continuò a prevalere nei tribunali del regno. E con ragione, perchè il linguaggio usato dal legislatore, nella prefissione dei diversi termini sparsi nel Codice, presuppone il concetto che il mese abbia la durata variabile risultante dal calendario. Infatti quando il legislatore intende dare ai termini, specialmente di decadenza, una durata fissa ed invariabile, li prefigge a giorni e non a mesi, come per ragion d'esempio ha fatto per l'appello e pel ricorso in cassazione negli articoli 485 e 518 del Codice di procedura civile. Lo stesso articolo 285 del Codice di commercio, relativo alla scadenza delle cambiali, per le quali è detto espressamente che il mese va calcolato secondo il calendario, non è che un'applicazione esplicita di questa regola generale presupposta in tutte le altre disposizioni della legge (1). »

L'accettazione dell'eredità col benefizio dell'inventario non ha effetti definitivi, poichè l'erede può col fatto proprio decadere dal medesimo. Inoltre essa opera più particolarmente nei rapporti di obbligazione personale dell'erede verso i creditori dell'eredità e i legatari, anzi che nei rapporti dei terzi aventi causa dall'erede che acquistassero diritto sui beni ereditari. Ecco la ragione per cui il Codice stabilisce, che l'accettazione dell'eredità col benefizio dell'inventario non dispensa i creditori del defunto e i legatari, che intendono valersi del diritto di separazione, dall'osservare quanto è stabilito in questo titolo (art. 2058).

In qual modo può esercitarsi dai creditori e dai legatari il diritto alla separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede?

Il diritto alla separazione riguardo ai mobili si esercita col farne la domanda giudiziale (art. 2059). Nel Codice di procedura civile il legislatore consacra un capitolo speciale alla *separazione dei beni mobili del defunto da quelli dell'erede*. Questo capitolo consta di due articoli così concepiti: La domanda di separazione dei beni mobili, di cui nell'articolo 2059 del Codice civile, si propone contro l'erede o altro

---

(1) Corte di appello di Lucca; sentenza dei 18 marzo 1889; negli *Annali*, anno 1889, parte III, pag. 130. — Per la forma ed i termini della procedura, in tema di separazione di patrimoni, nell'antico Diritto napoletano, si può consultare Carlo Antonio de Rosa, *Civilis decretorum praxis*, Cap. I, num. 137-41; Neapoli, 1773.

rappresentante legittimo dell' eredità, davanti il pretore del mandamento in cui si aprì la successione, se il valore dei mobili non ecceda lire millecinquecento, e, se eccede, davanti il tribunale civile con citazione in via sommaria (articolo 900). L'autorità giudiziaria, che pronunzia la separazione, ordina l'inventario dei beni mobili se non sia ancora fatto, e dà i provvedimenti necessari per la loro conservazione (art. 901).

Il diritto alla separazione riguardo agli immobili si esercita mediante l'iscrizione del credito o del legato sopra ciascuno degli immobili stessi presso l'uffizio delle ipoteche del luogo in cui sono situati. L'iscrizione si eseguisce nei modi determinati dall' art. 1987, aggiungendovi il nome del defunto e quello dell'erede se è conosciuto, e la dichiarazione che viene presa a titolo di separazione dei patrimoni. Per tale iscrizione non è necessaria l' esibizione del titolo (articolo 2060). L'art. 2060, collo stabilire che per tale iscrizione non è necessaria l'esibizione del titolo, deroga al principio fermato nell'art. 1987, dove è detto che, per operare l'iscrizione, si deve presentare il *titolo costitutivo dell'ipoteca.* In tema di separazione, l'autore della legge, richiedendo la necessità di questa presentazione, avrebbe stabilita una dissonanza col sistema generale dell'istituto da lui governato. Il diritto di chiedere la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede si deve riconoscere anche a favore di quei creditori che non hanno un documento scritto, il quale comprovi le ragioni che vantano contro il defunto; *lex non distinguit.* Ora, essendo così esteso, in rapporto alle persone dei creditori, il diritto di chiedere la separazione, come si poteva imporre l'obbligo della esibizione del titolo; quando, come dianzi abbiamo osservato, può avverarsi il caso che la separazione si eserciti dal creditore che non ha un titolo scritto, che si possa esibire?

La domanda di separazione dei patrimoni è un' azione universale. La separazione dei patrimoni, osserva lo Zachariae, avendo per iscopo di stabilire un diritto di preferenza a favore dei creditori ereditari e dei legatari, diritto di preferenza che cade sull' eredità intera, considerata come universalità giuridica, piuttosto che sugli oggetti ereditari individualmente considerati, si trova per questa ragione sottoposta all'applicazione della regola: *in judiciis universalibus*

pretium succedit in locum rei et res in locum pretii. Da questo principio risulta, che riguardo ai mobili già alienati dall'erede, il diritto alla separazione comprende soltanto il prezzo non ancora pagato (art. 2061). Beninteso, che le parole dello Zachariae dianzi riferite si debbono intendere sanamente, avuto riguardo al sistema del nostro Codice; e lo abbiamo precedentemente avvertito.

Le ipoteche iscritte sugli immobili dell'eredità a favore di creditori dell'erede, e le alienazioni anche trascritte degli immobili stessi non pregiudicano in alcun modo ai diritti dei creditori del defunto e dei legatari che ottennero la separazione nell'anzidetto termine di tre mesi (art. 2062). Ove non si fosse dato alla iscrizione eseguita nei tre mesi dall'aperta successione un effetto retroattivo al momento dell'apertura della medesima, la separazione sarebbe stata inutile nella maggior parte dei casi, a cagione delle ipoteche acquistate contro l'erede e delle alienazioni da lui fatte.

L'erede può impedire o far cessare la separazione pagando i creditori e i legatari, o dando cauzione per il pagamento di quelli il cui diritto fosse sospeso da condizione o da termine, o fosse contestato (art. 2064). L'opportunità di questa disposizione si mostra evidente. Quale si è lo scopo della separazione dei patrimoni? Il soddisfacimento dei crediti e dei legati. Or, quando tale soddisfacimento si ottiene, od è validamente assicurato, che altro possono con ragione pretendere i creditori ed i legatari?

Tutte le disposizioni relative alle ipoteche sono applicabili al vincolo derivante dalla separazione dei patrimoni regolarmente inscritto sopra gli immobili dell'eredità (articolo 2065). Tra le disposizioni relative alle ipoteche, principalissime sono quelle che si attengono all'*ordine fra le ipoteche.* Il Codice dispone che l'ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione. Il numero d'ordine delle iscrizioni ne determina il grado (art. 2007 e 2008). In tema di separazione, questa norma certamente non deve essere applicata. L'art. 2063, dopo di avere statuito che la separazione dei patrimoni non giova che a coloro che l'hanno domandata, soggiunge che non altera fra di essi riguardo ai beni del defunto l'originaria condizione dei titoli rispettivi e i loro diritti di pozioritâ. Semprechè il diritto di separazione si è esercitato nel termine prefinito dalla legge, non si deve

tener conto del numero di ordine delle rispettive iscrizioni, per derivarne una preminenza degli uni sugli altri, fra coloro che si sono giovati del benefizio concesso dalla legge.

180. Della pubblicità dei registri e della risponsabilità dei conservatori.

BIBLIOGRAFIA. — 1.° Corail de Saint-Foy, *Questions sur l'Edit de 1771, portant création des conservateurs des hypothèques, et autres lois postérieures concernant les hypothèques* (Toulouse, 1785);—2.° Grenier, *Commentaire sur l'Edit portant création des conservateurs des hypothèques* (Riom, 1787).

Si deve alla Francia l'istituzione dei Conservatori delle ipoteche. Due Editti, l'uno di marzo 1673, l'altro di giugno 1771, stabilirono le loro attribuzioni, le quali furono poste in armonia col novello sistema ipotecario dalla Legge dei 21 ventoso anno VII (1).

Uno dei principii culminanti che informano il sistema ipotecario è quello della pubblicità. L'art. 2066 racchiude un'applicazione di tale principio, collo stabilire una delle più importanti obbligazioni del conservatore:

I conservatori delle ipoteche, statuisce l'articolo menzionato, devono a chiunque ne faccia richiesta, dare copia delle trascrizioni, delle iscrizioni e delle annotazioni, o il certificato che non ve ne è alcuna. Devono altresì permettere l'ispezione dei loro registri nelle ore fissate dai regolamenti, ma non è lecito ad alcuno di prendere copia delle trascrizioni, iscrizioni od annotazioni. I conservatori devono parimente dare copia dei documenti che sono depositati presso di loro in originale, o i cui originali sono depositati negli atti di un notaio o in un pubblico archivio fuori della giurisdizione del tribunale, da cui essi dipendono.

Il Codice passa a stabilire dei casi di risponsabilità dei conservatori: I conservatori sono risponsabili per i danni risultanti: 1.° Dall'ommissione nei loro registri delle trascrizioni, delle iscrizioni e delle relative annotazioni, come pure dagli errori incorsi in tali operazioni; 2.° Dall' ommissione

(1) V. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, num. 997.

nei loro certificati di una o più trascrizioni, iscrizioni od annotazioni, come pure dagli errori incorsi nei medesimi; salvochè l'ommissione o l'errore provenga da indicazioni insufficienti, che non possano venir loro imputate; 3.° Dalle cancellazioni indebitamente operate (art. 2067). Nel caso di qualunque diversità fra i risultati dei registri e quelli delle copie, o dei certificati rilasciati dal conservatore delle ipoteche, si starà ai risultati dei registri, ferma la risponsabilità del conservatore per ogni danno che fosse derivato dalle inesattezze delle dette copie o dei detti certificati (art. 2068).

Dopo aver riferiti questi due articoli del Codice, che riguardano la risponsabilità dei conservatori, non crediamo inopportuno ricordare quanto al proposito osservava ed inculcava uno dei più reputati scrittori francesi, il Grenier: I conservatori non debbono essere trattati molto duramente. I doveri loro imposti sono penosissimi, e le conseguenze ne sarebbero funeste per essi, se non si adottasse un giusto temperamento nell'applicazione delle leggi e dei regolamenti che li riguardano. Si deve tanto più essere animati da questo spirito, inquantochè la risponsabilità è una specie di pena, che per sua natura vuole essere mitigata piuttosto che aggravata. Quindi i conservatori non debbono soggiacere ad una condanna di garantìa, se non quando l'ommissione o la negligenza che viene loro imputata è una contravvenzione positiva a ciò che è loro prescritto, e quando ne risulta una perdita di diritto irreparabile per un creditore o compratore (1).

Di altre obbligazioni del conservatore si tien parola nei successivi articoli del Codice, il cui testo è chiarissimo.

I conservatori non possono in verun caso, e neppure sotto pretesto di irregolarità nelle note, ricusare o tardare di ricevere la consegna dei titoli presentati e di fare le trascrizioni, iscrizioni od annotazioni richieste, nè di spedire le copie o i certificati, sotto pena del risarcimento dei danni arrecati alle parti. A tale effetto possono le parti far stendere immediatamente gli opportuni verbali da un notaio o da un usciere assistiti da due testimoni. Essi possono però ricusare

(1) V. Grenier, *Privilèges et hypothèques*, Vol. II, num. 53. Il Troplong (*Ibidem*, n. 1001) chiama *saggissima* questa dottrina del Grenier.

di ricevere le note ed i titoli se non sono in carattere intelligibile, e non possono riceverli quando non hanno i requisiti voluti dagli art. 1935, 1978, 1989 e 1990 (art. 2069).

Il Ministro delle finanze propose alla Commissione Coordinatrice, che all'art. 2094 del Progetto, rispondente all'articolo 2069 del Codice, si fosse aggiunto un capoverso del seguente tenore: « I conservatori delle ipoteche potranno altresì ricusare l'eseguimento delle formalità richieste, quando non sieno state pagate le tasse ipotecarie e di bollo stabilite da leggi speciali. » Ma la Commissione non fece buon viso a tale proposta: « imperocchè non è necessario d'inserire veruna disposizione nel Codice, per autorizzare il conservatore a rifiutarsi di ricevere i titoli e addivenire all'atto se non gli sono pagati i relativi diritti, o se i titoli presentati sono irregolari rimpetto alle leggi fiscali, in modo da non poterne far uso in giudizio o presso i pubblici uffizi secondo le leggi medesime. La Commissione ha stabilita un'eccezione quanto alla tassa di registro per gli atti pubblici ricevuti e le sentenze proferte nel regno; ma l'eccezione conferma la regola quanto al pagamento delle altre tasse (1). »

I conservatori non possono ricevere alcuna domanda di trascrizione o di iscrizione fuorchè nelle ore determinate dal regolamento, nelle quali l'uffizio è aperto al pubblico (articolo 2070).

I conservatori sono obbligati a tenere un registro generale, ossia d'ordine, in cui giornalmente annoteranno al momento della consegna ogni titolo che viene loro rimesso per la trascrizione, iscrizione od annotazione. Questo registro diviso in altrettante caselle esprimerà il numero d'ordine, il giorno della richiesta, la persona dell'esibitore e quella per cui la richiesta vien fatta, i titoli presentati colle note, l'oggetto, vale a dire se per trascrizione, iscrizione o annotazione, e le persone rimpetto alle quali devono farsi. Appena seguìta la consegna di un titolo o atto o di una nota, il conservatore ne darà ricevuta in carta libera all'esibitore, senza spesa: la ricevuta conterrà l'indicazione del numero d'ordine (art. 2071).

Oltre al registro generale, devono tenersi dal conserva-

---

(1) Verb. num. 43 della Commissione Coordinatrice

tore registri particolari: 1.° Per le trascrizioni; 2.° Per le iscrizioni soggette a rinnovazione; 3.° Per le iscrizioni non soggette a rinnovazione; 4.° Per le annotazioni; Gli altri registri che sono ordinati dai regolamenti (art. 2072). Nel Progetto presentato alla Commissione Coordinatrice, era imposto al conservatore di tenere un solo registro tanto per le iscrizioni rinnovabili quanto per le iscrizioni non rinnovabili. Con un tale sistema, stante la disposizione che esenta da rinnovazione l'ipoteca legale della moglie durante il matrimonio e per un anno successivo allo scioglimento del medesimo, per conoscere i vincoli ipotecari gravitanti sul patrimonio di un individuo, non sarebbe bastato esaminare i registri di soli 30 anni anteriori, ma sarebbe stato mestieri risalire a 40, 50, 60 e più anni addietro, per vedere se non vi fossero delle ipoteche legali; donde avrebbero avuto origine gravissimi inconvenienti. Per impedire questo sconcio, la Commissione credette opportuno di prescrivere al conservatore di tenere un registro particolare delle iscrizioni non rinnovabili (1).

Il registro generale e i registri delle trascrizioni, delle iscrizioni e delle annotazioni saranno vidimati in ogni foglio dal presidente o da un giudice del tribunale civile, nella cui giurisdizione è stabilito l'uffizio, indicando nel relativo processo verbale il numero dei fogli ed il giorno in cui sono stati vidimati. Questi registri saranno scritti di seguito senza lasciare spazi in bianco, nè interlinee e senza aggiunte: le cancellature di parole devono essere approvate dal conservatore in fine di ciascun foglio colla sua firma e coll'indicazione del numero delle parole cancellate. Tali registri saranno al fine di ciascun giorno chiusi e firmati dal conservatore. In essi si deve rigorosamente osservare la serie delle date, dei fogli e dei numeri d'ordine (art. 2073).

I registri sopra accennati non possono mai esser levati dall'uffizio del conservatore, fuorchè per ordine di una corte d'appello, quando ne fosse riconosciuta la necessità, e mediante le cautele che verranno determinate dalla stessa corte (art. 2074).

I conservatori sono tenuti di conformarsi nell'esercizio

---

(1) Verb. num. 44 della Commissione Coordinatrice.

delle loro incombenze a tutte le disposizioni di questo titolo, ed alle altre disposizioni delle leggi che li riguardano, sotto pena di una multa estendibile a lire duemila (art. 2075).

Integriamo le disposizioni contenute nel Codice col richiamo di due articoli del *Regolamento per l'esecuzione della legge ipotecaria e sugli emolumenti dovuti ai conservatori delle ipoteche* (dei 25 settembre 1874, num. 2130 della serie 2.ª). Statuisce l'articolo 3 : « Oltre i registri prescritti dal Codice civile, gli uffizi delle ipoteche dovranno tenere i seguenti : 1.° Repertorio dei debitori ; 2.° Repertorio dei creditori ; 3.° Repertorio per le trascrizioni ; 4.° Tavola alfabetica dei debitori, dei creditori e delle persone a favore delle quali o contro le quali si operano le trascrizioni ; 5.° Rubrica alfabetica dei cognomi ; 6.° Registro degli emolumenti ; 7.° Libro dei debitori delle tasse ipotecarie. Il registro generale, ossia d'ordine, servirà anche per allibrare in riscossione le tasse tanto principali che suppletive, esatte per le formalità, non escluse quelle annotate a debito. » E l'articolo 10 : « Gli uffici delle ipoteche debbono rimanere aperti al pubblico, senza interruzione, dalle ore nove antimeridiane alle quattro pomeridiane nei giorni feriali, e dalle ore nove antimeridiane al mezzodì nei giorni festivi. L'orario sopra stabilito deve essere affisso alla porta d'ingresso dell'ufficio. »

181. Della spropriazione forzata degli immobili.

Bibliografia. — 1.° Carrier, *Traité des hypothèques, privilèges et expropriations forcées, d'après les principes du Code civil* (Dijon, 1819) ;—2.° Raybaud de Favas, *De l'expropriation forcée, considérée dans son origine et dans ses résultats* (Paris, 1829) ; — 3.° Bellini, *Sugli affitti che può fare il debitore espropriato dopo la trascrizione del precetto* (nella *Gazzetta dei tribunali*, anno XXV, numero 2524 ; 26 ottobre 1872) ; — 4.° Pescatore, *Origine e natura dell'immobilizzazione dei frutti nei giudizi di spropriazione; suo principio, suoi effetti, questioni* (nella Raccolta *Filosofia e dottrine giuridiche*, Vol. 1, Torino, 1874) ; — 5.° Saredo, *Può procedersi ad esecuzione forzata sui beni componenti un' eredità beneficiaria ?* (nell'*Archivio giuridico*, Vol. XVIII, anno 1877) ; — 6.° Ricci, *A chi spettano i frutti naturali dell' immobile subastato* (nel *Giornale delle leggi*, anno XI, num. 21) ; — 7.° Mirabelli, *Degli effetti del*

precetto trascritto e della loro estinzione (nella Raccolta *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano*, Vol. 1, Torino, 1889); 8.° Cesareo, *Trattato della espropriazione contro il debitore* (Torino, 1891).

La spropriazione forzata può definirsi: un mezzo di esecuzione di cui si serve il creditore per far sequestrare e vendere i beni immobili del suo debitore, allo scopo di ottenere il pagamento sul prezzo dei medesimi. Questo diritto spetta ad ogni creditore; sia privilegiato, sia ipotecario, sia meramente chirografario.

Circa la teoria della spropriazione forzata degli immobili dobbiamo ripetere un'osservazione, che abbiamo fatta per qualche altro istituto del Diritto civile. L'osservazione è questa. La suddetta teoria, sotto l'impero del Diritto moderno, tenuto conto della frequenza della sua applicazione, ha una importanza molto superiore a quella che aveva nelle età passate. Allorchè, col sistema delle sostituzioni fedecommessarie, buona parte della proprietà immobiliare era vincolata, e doveano trasmettersi i beni da generazione in generazione, è chiaro che i creditori non potevano sperimentare il loro diritto su quello che costituiva un patrimonio intangibile. Ai creditori era dato soltanto di far valere le loro ragioni sui frutti di questi beni. E, avuto riguardo alle prepotenze cui erano adusati i signori, non sempre questo diritto, anche limitato ai frutti, poteva farsi valere con sicurezza. Il lettore ricorderà certamente le parole che il Manzoni mette sul labbro di don Rodrigo: « Non sarà mai vero che un cappuccino vada via da questa casa, senza aver gustato del mio vino, nè un creditore insolente, senza aver assaggiate le legna dei miei boschi. » E quando il signore non faceva ricorso alla violenza, cercava in altro modo di esimersi dalla osservanza delle obbligazioni. *Ce marquis*, diceva il Boileau (nella sua Satira XI), fa consistere il suo onore *à savoir frauder ses créanciers*. Si deve però riconoscere che questi creditori meritavano la sorte loro riservata; poichè non era consentita una guarentigia a carico degli immobili, quelli che davano a prestito erano ordinariamente dei volgari feneratori, che cercavano di compensare il rischio dell'inadempimento dell'obbligazione con interessi eccessivi, sebbene larvati sotto altra forma, per sfuggire al divieto delle leggi. Ma oggi non

si ammettono vincoli fedecommessari dei beni. Oggi « alla libera, vede un signore, potarsi l'albero dal creditore; » potarsi quell'albero, di cui i frutti furono già rôsi dall' usura e dall'estimo. Il sistema introdotto dal Diritto moderno ha generato questo effetto, che sono venute meno non poche fortune familiari, che i secoli aveano rispettate. È restato, per parecchie famiglie, l'*onor blasonico*, ma il *censo avito* ha formato oggetto di esecuzione da parte dei creditori. Il dettame di giustizia, che i beni del debitore sono la guarentigia delle contratte obbligazioni, questo dettame ai tempi nostri si applica a tutte le classi dei cittadini. E, francamente, non ci sembra di poter dire che noi abbiamo torto nel volerlo così applicato, e che i nostri maggiori avevano ragione quando l'applicavano diversamente.

Il creditore, statuisce l'art. 2076, per conseguire il pagamento di ciò che gli è dovuto, può far subastare l'immobile che si trova in proprietà del suo debitore, e quando sia ipotecato a garantìa del suo credito, può anche farlo subastare dopo che è passato in proprietà altrui. Nel riferito articolo si ravvisano agevolmente le conseguenze dei due principî altrove esposti: 1.° Chiunque sia obbligato personalmente, è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri (articolo 1948). 2.° L'ipoteca è inerente ai beni, e li segue presso qualunque possessore (art. 1964).

La subastazione non può esser fatta per la parte indivisa di un immobile ad istanza di chi non è creditore di tutti i comproprietari, prima della divisione (art. 2077). Prima della divisione come conoscere la porzione dell'immobile che appartiene al debitore?

Il creditore per procedere all'esecuzione sopra gli immobili non è tenuto ad escutere prima i beni mobili del suo debitore (art. 2078). Dichiarò il Pisanelli, nella *Relazione ministeriale*: « Costringere il creditore ad una procedura preliminare su determinati beni, parve un vincolo all' esercizio del suo diritto, che non può essere legalmente giustificato. Se il creditore può credere che escutendo i mobili del debitore sarà soddisfatto, non si appiglierà di certo al mezzo dell'esecuzione immobiliare che importa l'anticipazione di maggiori spese, e trae seco un procedimento più lungo e più complicato. L' escussione preventiva dei mobili avrebbe sol-

tanto per effetto di cagionare sovente inutili spese, aumentando così il passivo del debitore, e ritardando al creditore il conseguimento di ciò che gli è dovuto. Gli effetti sarebbero dunque perniciosi tanto pel debitore, quanto pel creditore. »

Gli atti di esecuzione sopra i beni dotali debbono farsi in contraddittorio del marito e della moglie (art. 2079). In contraddittorio del marito, perchè egli ha l'amministrazione della dote durante il matrimonio e ha diritto di riscuoterne i frutti. In contraddittorio della moglie, perchè questa, anche durante il matrimonio, rimane proprietaria della dote.

Il creditore, senza il consenso del debitore, non può far subastare gli immobili che non sono ipotecati a suo favore, se non quando i beni ipotecati pel suo credito sono insufficienti (art. 2080). Ciò era richiesto dai principî di equità e di giustizia, disse il Pisanelli. Havvi il giudizio preventivo del creditore sulla sufficienza degli immobili, accettandoli in ipoteca e garanzia del suo credito: havvi il fatto attuale che gli stessi immobili presentano un valore adeguato per soddisfarlo: non deve quindi esser lecito al creditore di far vendere altri immobili, al solo scopo di recare un pregiudizio certo al debitore, mentre egli non può ritrarne alcun legittimo vantaggio. Una limitazione analoga fu stabilita riguardo al creditore non ipotecario, il quale domanda la subastazione di beni non compresi in una sola coltivazione. Giusta l'articolo 2088, se un creditore non avente ipoteca domanda la subastazione di beni non compresi in una sola coltivazione, il cui valore è evidentemente superiore a quello necessario pel soddisfacimento del suo credito e dei crediti ipotecari iscritti sui medesimi beni, il tribunale sull'istanza del debitore può limitare la subastazione a quelli che riconosce sufficienti.

Ma, come decideva la Corte di appello di Genova, se è innegabile che, per la disposizione dell'articolo 2080, il creditore non può, senza il consenso del debitore, far subastare gli immobili che non sono ipotecati a suo favore, se non quando i beni ipotecati pel suo credito sono insufficienti; e se è innegabile che, ai sensi dell'articolo 2088, il creditore *non avente ipoteca* può essere costretto a limitare la subastazione dei beni non compresi in una sola coltivazione a quelli riconosciuti sufficienti al soddisfacimento del credito, non può del pari contestarsi che tali disposizioni non sono

applicabili, quando i beni minacciati dalla subastazione sieno tutti ipotecati a favore del creditore. In questa ipotesi il creditore che chiede la subastazione di tutti i beni del suo debitore, ipotecati a garanzia del suo credito, per quanto una parte soltanto di essi possa essere sufficiente al soddisfacimento del medesimo, fa uso di un diritto che legittimamente promana dall'azione ipotecaria, la quale, nel suo esercizio, è illimitata e non può essere circoscritta. Ciò è indubitato per la ipoteca convenzionale: avvegnachè il diritto illimitato di cui si parla è il risultato di una espressa convenzione. Ma lo stesso deve dirsi anche per le ipoteche giudiziali, non avendo il legislatore per queste creata altra limitazione fuor quella che si legge sotto l'articolo 2026, il quale prescrive che le ipoteche legali e giudiziali debbono ridursi sopra domanda degli interessati, se i beni compresi nella iscrizione eccedono la misura che il Codice determina con precisione. Ma per ciò ottenere è necessario uno speciale giudizio. Nè in contrario può opporsi l'articolo 567 Codice di procedura civile, perchè anzi esso è la conferma dei suesposti principii. Tale articolo, infatti, dopo posto il generale principio, che il creditore può valersi cumulativamente dei diversi mezzi di esecuzione autorizzati dalla legge, tempera questa regola che, nella pratica applicazione, potrebbe talvolta essere feconda di gravi danni al debitore, collo stabilire, nel capoverso, che, se l'esecuzione risulti eccessiva, l'autorità giudiziaria *può restringere il procedimento al mezzo di esecuzione che sia scelto dal creditore*, o, in difetto, a quello che dal giudice sarà determinato. Ma questa disposizione, come è insegnato dalla più costante dottrina e giurisprudenza, non è applicabile quando il creditore abbia scelto un solo mezzo di esecuzione. In questo caso, se è ancora ammissibile la domanda di eccessività della esecuzione, essa è però regolata dall'articolo 584 Codice di procedura civile, se trattasi di pignoramento mobiliare, e dagli articoli 2080 e 2088, se trattasi di esecuzione sopra beni immobili, secondo le due distinte ipotesi contemplate da tali articoli; la prima delle quali parla del creditore ipotecario, che voglia far subastare beni non ipotecati a suo favore; la seconda, del creditore non avente veruna ipoteca. Ora, quando il creditore è garantito e da ipoteca convenzionale, e da ipoteca giudiziale, regolarmente iscritta su tutti gli stabili indicati e descritti nel precetto,

non può essere costretto a ridurre la subastazione ai soli stabili convenzionalmente concessi in ipoteca, poichè, coll'estenderla a tutti, fa uso di un suo illimitato diritto (1).

Non può procedersi all'esecuzione sopra gli immobili, che in forza di titolo esecutivo per un debito certo e liquido. La vendita all'incanto non può aver luogo, se il debito, di qualunque natura esso sia, non è stato prima determinato in una somma di danaro (art. 2081). Quali siano i titoli esecutivi è stabilito dall'art. 554 del Codice di procedura civile. Ivi è detto, che sono titoli esecutivi: 1.° Le sentenze. Quelle pronunziate dalla Corte di cassazione sono titoli esecutivi pel pagamento delle spese e delle indennità liquidate in esse, oltre le spese delle sentenze medesime e della loro notificazione; 2.° Le ordinanze e gli atti, ai quali sia dalla legge attribuito il carattere esecutivo; 3.° Gli atti contrattuali ricevuti da notaro o da altro uffiziale pubblico autorizzato a riceverli.

Il cessionario di un credito non può istare per l'esecuzione, se non dopo di aver notificata la cessione al debitore (art. 2082). Questa disposizione è il corollario dei principî altrove svolti circa la trasmissione dei crediti rimpetto ai terzi.

La spropriazione, benchè fatta per una somma maggiore del credito, è valida, salvo il diritto al rimborso dell'eccedente (art. 2083). Il Diritto moderno, con savio consiglio, non ha voluto che si applicasse la pena stabilita dal Diritto romano nel caso della *plus petitio* (2).

Ad ogni domanda per ispropriazione di immobili deve precedere il precetto di pagare fatto a richiesta del creditore nei modi stabiliti dalle leggi di procedura civile. Il precetto deve contenere l'indicazione dei beni sui quali si vuole agire in ispropriazione, precisando la loro natura, il comune in cui si trovano, il numero del catasto o delle mappe censuarie dove esistono e tre almeno dei confini (art. 2084).

---

(1) Corte di appello di Genova; sentenza dei 22 febbraio 1895; nella *Temi Genovese,* anno 1895, pag. 150.

(2) « Si quis agens intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, causa cadebat, idest, rem amittebat, nec facile in integrum restituebatur a praetore, nisi minor erat XXV annis. » Inst. § 33, *de actionibus*. Quindi si spiegano le parole di Plauto: *Velim quidem hercle ut uno nummo plus petas* (Mostellaria, III, 1).

Il precetto sarà trascritto in ciascun uffizio delle ipoteche del luogo in cui sono situati i beni da subastarsi. Dalla data della trascrizione i frutti dei beni indicati nel precetto sono distribuiti unitamente al prezzo degli stessi beni; il debitore non può alienare i beni medesimi, e ne rimane in possesso come sequestratario giudiziale, eccettochè sull'istanza di uno o più creditori il tribunale reputasse opportuno di nominare un altro sequestratario (art. 2085). Si legge in proposito nella *Relazione ministeriale* del Pisanelli: « Il precetto di pagare che deve precedere ogni domanda di spropriazione di beni immobili, dovrà essere trascritto. Sebbene il precetto non sia un titolo traslativo di dominio o di altro diritto reale, esso è però il primo atto esecutivo col quale si attua e si concreta il diritto del creditore di far vendere i beni del suo debitore. Dopo tale atto non deve più essere lecito al debitore di alienare i beni medesimi; altrimenti gli si darebbe il mezzo di ritardare il corso della procedura di esecuzione, sottraendone i beni e complicandolo con nuovi atti in rapporto ai terzi possessori, ed aumentando le spese richieste per proseguirla. Ma se l'intimazione del precetto fatta al debitore potrebbe bastare, quanto a lui, per togliergli la disponibilità dei beni, essa non può bastare per quest'effetto riguardo ai terzi. Nel sistema del Codice è la trascrizione dell'atto che lo rende operativo nei loro rapporti; quindi è soltanto dal giorno in cui il precetto sarà trascritto, che ogni alienazione dei beni in esso compresi viene considerata come non avvenuta. L'azione del creditore colpisce l'immobile quale si trova al momento in cui si compie il primo atto esecutivo: e però, dalla trascrizione del precetto i frutti dell'immobile sono riputati essi pure immobili; il debitore ne rimarrà in possesso come sequestratario giudiziale, senza che possa disporre dei frutti, come non può disporre della cosa principale. Prevedendo tuttavia il caso che vi fosse pericolo di danno pei creditori, lasciando il possesso dei beni colpiti dall'esecuzione al debitore, si è stabilito che l'autorità giudiziaria potrà nominare un altro amministratore ai medesimi. »

Il divieto di *alienare* gli immobili, sui quali è stato trascritto un precetto (divieto statuito espressamente nell'articolo 2085 del Codice), non importa pur quello di *ipotecare*; e perciò al debitore espropriato è lecito di consentire ipoteca su tali immobili anche dopo la trascrizione. Sul riconosci-

mento di questa dottrina si sono pronunziati concordemente i Collegi Supremi. Ha osservato la Cassazione di Napoli, che il divieto dell'articolo 2085 importa una limitazione dell'assoluto diritto di proprietà; epperò si deve interpretare restrittivamente. Ciò basta, perchè da tale divieto si debbano escludere le concessioni di ipoteche. A ciò concorre la ragione stessa della legge; dappoichè, se dall'alienazione dei fondi o dei frutti i creditori possono aver danno, per essere costretti a dar mano a nuovo procedimento sui primi, o per essere privati dei secondi, nessun danno risentono per le sopravvenute ipoteche, mentre queste non alterano il grado delle prime. Se un qualche danno, per essere creditori chirografari, possono risentire, lo imputino alla propria oscitanza. D'altra parte, quando la legge volle proibite le concessioni di ipoteca, espressamente lo disse; qui invece si tacque (1). La Cassazione di Palermo: « Il debitore espropriato non è a paragonarsi al fallito, che, per tassativa disposizione di legge, perde la sua rappresentanza giuridica non solo, ma cade eziandio in uno stato d'incapacità, che lo priva dell'amministrazione dei suoi beni e dello esercizio delle sue azioni. Il debitore espropriato, invece, per effetto del precetto già trascritto rimane persona capace come qualunque altra, e nel pieno esercizio dei propri diritti, e solo non gli è concesso di alienare i beni caduti nel precetto trascritto per non esporre i creditori a procedere con nuovi esperimenti esecutivi, perseguitando gli immobili in mano altrui, cosa che potrebbe ripetersi col mal talento del debitore. Il debitore espropriato, mercè il precetto, ancorchè trascritto, non perde il diritto di proprietà sui beni in esso compresi, diritto di proprietà che egli perde quando si consuma la vendita. Ciò posto, se egli non può alienare i beni per espresso divieto di legge, può bene ipotecarli, e questo potere non gli è interdetto dall'articolo 2085; conciosiachè la legge, quando volle in determinate contingenze inibire lo alienare come lo ipotecare, ciò disse espressamente, come si rileva da non poche sue disposizioni; e la legge *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit;* credere diversamente la offenderebbe, giacchè sarebbe stata insufficiente nell'articolo 2085, e sarebbe caduta in un ribut-

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 2 dicembre 1878; nel *Giornale delle leggi*, anno X, num. 24.

tante pleonasmo nelle altre disposizioni. Ciò non è possibile. Nè è il caso di ricorrersi alla nota regola, *ubi eadem est legis ratio, eadem est legis dispositio,* che è la base della interpretazione estensiva, per un doppio rispetto. In primo luogo, perchè l'articolo 2085 contiene una disposizione speciale, completa, indipendente; ed in secondo luogo, perchè i casi dalla legge designati, e nei quali è inibito lo alienare come lo ipotecare, stabiliscono una incapacità assoluta personale, e perciò subbiettiva, mentre quella, di cui l' articolo 2085, risulta da una inibizione, la quale potrebbe costituire soltanto una incapacità relativa, obbiettiva e limitata ai soli beni compresi nel precetto trascritto. Nè si ricorra alla disposizione di legge contenuta nell'articolo 1974, per dedurne che l'alienazione e la ipoteca siano la stessa cosa. La legge, nel determinare la capacità ad ipotecare, l' ha commisurata alla capacità di alienare; ma ciò in rapporto alle persone incapaci, come evidentemente si ricorda dal susseguente articolo 1975; ma non se ne può dedurre che, vietando l'articolo 2085 l'alienazione al debitore, debba con ciò intendersi vietata a lui anche la costituzione di nuove ipoteche (1). » E la Cassazione di Roma: « Se dall'articolo 4 delle Disposizioni preliminari al Codice civile si attinge il principio, che le leggi, le quali mirino a restringere il libero esercizio dei diritti, non possono estendersi oltre i casi e tempi in esse espressi, e se nell'articolo 2085 Codice civile si vieta al debitore espropriato l'alienazione, e non la costituzione d' ipoteca, convien dire per forza di logica che quella sola gli sia vietata, e questa permessa. Ed in codesto concetto è mestieri che maggiormente si convenga, quando si ponga mente che, nel caso di espropriazione forzata, la proprietà continua a risiedere nella persona del debitore sino al momento in cui la sentenza di vendita viene trascritta, come si evince chiaramente dalla disposizione dell'articolo 1942 Codice civile, ed allorchè pur si tien conto, che per l'articolo 436 dello stesso Codice la proprietà sia il diritto di godere e disporre della cosa nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi. » La *mens legis* conforta questa teoria. Colla disposizione racchiusa nell' articolo 2085 la legge

---

(1) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 30 dicembre 1891; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1892, parte I, pag. 313.

si propose « di rendere spigliata e sollecita la procedura di espropriazione, senza complicarla con novelli atti in rapporto ai terzi possessori. » Quindi è facile il vedere « come vi era ragione a vietare la sola alienazione, per la quale sarebbe sorta la figura del terzo possessore nella procedura di esproprio, e non già la ipoteca (1). »

Il tribunale può autorizzare il sequestratario ad affittare i beni per quel tempo e a quelle condizioni che saranno da esso stabilite, sentiti il debitore, se fu nominato un altro sequestratario, e in ogni caso i creditori istanti (art. 2085). Questa disposizione fu aggiunta dalla Commissione Coordinatrice. « E sebbene da taluni (Sighele e Mancini) si osservi, che il sequestratario, essendo un vero amministratore temporario, non possa dubitarsi che abbia qualità per addivenire nel caso supposto agli opportuni affittamenti, tuttavia la Commissione riconosce che la proposta aggiunta potrà giovare non tanto per antivenire ogni dubbio, quanto per impedire che gli affittamenti si facciano in modo dannoso ai creditori, o per la durata o per il prezzo (2). »

Se l'istanza di spropriazione è stata abbandonata per lo spazio di un anno, cessano gli effetti accennati nel primo capoverso di questo articolo (art. 2085). Dichiarò il Pisanelli nella *Relazione ministeriale*: « È nell'interesse di tutti che il giudizio di esecuzione abbia un sollecito corso; lo stato anormale in cui si trova il debitore rispetto agli immobili sui quali essa cade non deve durare lungo tempo. Fu quindi stabilito, che ove l'istanza di spropriazione venga abbandonata per lo spazio di un anno, cesseranno gli effetti che la legge attribuisce alla trascrizione del precetto. »

L'articolo 2085 del Codice italiano ha dato origine a non poche controversie nella giurisprudenza. Abbiamo dianzi richiamata quella che riguarda la facoltà nel debitore di concedere ipoteche, anche dopo la trascrizione del precetto. Ora giova tener parola di altre massime fermate dalla giurisprudenza, nella interpretazione del mentovato articolo 2085.

A) Questo articolo del Codice, che dichiara inalienabili dalla *data* della trascrizione del precetto di pagamento gli

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 14 febbraio 1895; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1895, parte I, pag. 333.

(2) Verb. num. 43 della Commissione Coordinatrice.

stabili sui quali si vuol procedere alla esecuzione, si deve interpretare nel senso che le vendite, fattesi nello stesso giorno della trascrizione, siano o no valide, secondo che l'ora della trascrizione preceda o no l'ora della vendita; ed è ammessibile a questo scopo la prova testimoniale. « Il Codice francese fa partire la proibizione di alienare dal *giorno;* mentre invece il Codice italiano la fa partire dalla *data* della trascrizione. Facilmente s'intende, che avendo il giorno un periodo di ore ventiquattro, quando si legge adoperata la parola, *giorno,* siasi voluto comprendere l'intero periodo, senza distinzione di ore, come si sostenne da varii commentatori del Codice francese. Ma la parola, *data,* non ha significato così esteso, e segna piuttosto un punto fisso, dal quale la proibizione dell'alienazione deve partire. Se nell'atto di trascrizione si fosse apposta l'ora, se nell'atto di vendita si fosse fatto risultare dell'ora del rogito, non si potrebbe contendere, stando alla lettera dell'articolo 2085, che l'ora avrebbe fissato la data. Ma se la data non esclude l'ora, non vi ha motivo di negare alle parti di provare che, in fatto, la vendita precedette la trascrizione. La proibizione di alienare e di acquistare non deve dipendere da un fatto che possa verificarsi posteriormente nello stesso giorno dell'alienazione, ma sì bene da un fatto già avvenuto anteriormente, che la legge presume cognito ai contraenti. In caso contrario, si darebbe forza retroattiva alla trascrizione, e si porrebbe incaglio alla libera contrattazione dei beni (1). »

B) La *istanza di spropriazione*, di cui parlasi nell'ultimo capoverso dell'articolo 2085 del Codice civile, è quell'atto che l'articolo 665 del Codice di procedura civile chiama *citazione per promuovere la vendita* dei beni immobili ai pubblici incanti. « L'istanza di spropriazione, di cui si parla nell'ultimo capoverso dell'articolo 2085 del Codice civile, non può confondersi col precetto, che è una intimazione diretta al solo debitore, ma essa suppone che il precetto sia preceduto e che siano inutilmente pure decorsi trenta giorni senza che il creditore abbia potuto essere soddisfatto. D'altronde, come l'articolo 666 del Codice di procedura civile, nella sua parte finale, appella espressamente *sentenza di spropriazione*

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 19 febbraio 1873; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1873, parte I, pag. 125.

quella che ordina la vendita degli stabili pignorati, così *istanza di spropriazione* deve in senso correlativo intendersi la citazione colla quale il creditore dimanda che la vendita sia ordinata, e vengano date le altre disposizioni per l'aprimento della graduatoria a tenore di detto articolo. E siffatta interpretazione, oltre all'essere congrua alle parole della legge, si presenta adottabile di preferenza anche perchè serve a togliere di mezzo una discordanza che senza di essa si riscontrerebbe fra gli articoli 2085 del Codice civile e 566 Codice di procedura civile. Imperocchè, se per *istanza di spropriazione* dovesse intendersi tutto il procedimento necessario per consumarla, cominciando dal precetto, si avrebbe che per l'articolo 2085, per far cessare gli effetti della trascrizione togliendo i beni dalle mani della giustizia, e restituendoli alla libera disposizione del debitore, e per rendere così inefficace anche il precetto stesso a servire di fondamento ad una sentenza di vendita, perchè susseguìto da una trascrizione, divenuta priva di effetto (art. 659 Cod. proc. civ. e 2021 Cod. civ.), si richiederebbe l'inazione del creditore per un intiero anno; mentre per l'incontro, per l'articolo 566 anzidetto, basterebbe a rendere inefficace il precetto la successiva inoperosità pel lasso di soli 180 giorni (1). »

C) È validamente eseguita la trascrizione del precetto immobiliare ove la copia presentata al conservatore sia autenticata dal procuratore, anzichè dall' usciere. « Il procuratore è la persona cui la legge di procedura fa capo principalmente nelle esecuzioni immobiliari. L'articolo 659 proc. civ. deferisce all'usciere bensì l'intimazione del precetto col quale cominciano. Ma nel suo capoverso si limita a disporre che il precetto sia trascritto ai termini dell'articolo 2085 del Codice civile. E naturalmente codesto ufficio appartiene al procuratore, perchè l' opera dell' usciere finisce colla notificazione del precetto, e colla consegna dell' originale al procuratore, il quale per promuovere l' incanto lo deve depositare nella cancelleria, e corredato fuor di dubbio della prova di sua trascrizione. Se per conseguirla occorre (art. 1937 Cod. civ.) presentare due note al conservatore, una delle quali, pel capoverso del successivo articolo 1939, egli deve restituire al

(1) Corte di appello di Bologna; sentenza dei 21 dicembre 1872; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1873, parte II, pag. 147.

richiedente col certificato di averla eseguita, non è chi non vegga che, dovendo altra di esse essere corredata dell'originale, nulla ripugni, anzi sia insito alla praticità delle cose, che il conservatore, responsabile di ogni sua operazione, abbia necessariamente il còmpito di accertarsi che il titolo della trascrizione sia corrispondente all'originale che egli deve restituire al producente procuratore. Per cui è indifferente che questi, anzichè l'usciere, abbia autenticato la copia che rimane nell'ufficio a corredo dell'esemplare della nota che si trattiene, mentre l'originale col duplicato di essa deve essergli restituito pel prosieguo della esecuzione. Di che havvi un argomento a conforto nel vedersi attribuita una competenza al procuratore dall'articolo 331 della tariffa civile per le note occorrenti alla trascrizione, tariffa che essendosi emanata dal potere esecutivo in base alla Legge 2 aprile 1865, come necessaria alla completa attuazione del Codice di procedura civile, non è a dubitarsi che abbia carattere legislativo (1). »

D) Dopo la trascrizione del precetto il debitore non può vendere privatamente i frutti dell'immobile; la vendita di essi deve farsi ai pubblici incanti. « L'articolo 2085 Codice civile, dopo la trascrizione del precetto, priva il debitore non solo della disponibilità dei beni, ma dei frutti, i quali rimangono immobilizzati, e sono considerati dalla legge come parte degli immobili pignorati per essere distribuiti unitamente al prezzo degli stessi immobili. Il debitore è dichiarato dalla legge sequestratario giudiziale, e quindi se può farne la raccolta al tempo della maturità coll'obbligo di custodirli, non può mai alienarli di suo arbitrio, e tanto meno nel proprio vantaggio. Il dire che la vendita costituisce in questo caso un atto di amministrazione è lo stesso che porsi in aperta contraddizione del testo della legge, che interdice esplicitamente al debitore la facoltà di alienare i frutti dopo la trascrizione del precetto. D'altronde, il divieto assoluto di alienare sancito nel Codice civile trova il suo fondamento e la sua norma esplicativa e pratica nell'articolo 688 del Codice di procedura civile; il quale prescrive che i frutti reputati immobili si

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 29 aprile 1890; negli *Annali della giurisprudenza italiana*. anno 1890, parte I, pag. 395.

vendono secondo le disposizioni stabilite per la vendita e l'aggiudicazione degli oggetti pignorati, e che il prezzo deve depositarsi nella cassa dei depositi giudiziali per essere distribuito nel giudizio di graduazione. I frutti quindi immobilizzati colla trascrizione del precetto sono già colpiti dallo stesso pignoramento, e non può farsene la vendita se non ai pubblici incanti (1). »

E) Dopo la trascrizione del precetto immobiliare, la transazione stipulata dal debitore con uno dei creditori ipotecari, di riconoscimento e liquidazione di un credito in una determinata somma, non ha alcuna efficacia giuridica rispetto agli altri creditori del detto debitore regolarmente garantiti da ipoteca sul fondo sequestrato. « Con la intimazione e trascrizione del precetto immobiliare si solleva fra le ipoteche iscritte e concorrenti al pagamento sul prezzo de' beni colpiti dalla esecuzione un conflitto d'interessi, nel quale ciascun creditore attinge nel proprio titolo il diritto di prendere cognizione degli altrui titoli e di oppugnarne la prelazione o la sussistenza del credito, o il suo ammontare. Nello sperimento di questo diritto al creditore opponente non può derivare pregiudizio dagli atti e dalle contrattazioni del debitore precettato, per quel generale principio, secondo cui gli è tolta dopo la trascrizione del precetto facoltà di avvantaggiare la condizione di un creditore a detrimento degli altri. » Ad escludere le conseguenze rovinose che potrebbero derivare dalla ricognizione: « non occorre dedurre e provare, che tale ricognizione sia maculata di frode, giacchè per frode occorre che sieno impugnati unicamente gli atti che il debitore abbia compiuto disponendo in modo e tempo legittimo sopra quelle cose e quei diritti che a lui esclusivamente competano. Il creditore che possiede come suo e per cagione del proprio credito il diritto di eccepire nel giudizio di espropriazione contro le altrui pretese e prelazioni, non ha necessità di fare ricorso all'eccezionale rimedio offertogli dall'articolo 1235 Codice civile, e basta a lui reclamare la tutela del principio generale formulato nell'articolo 1130 (2). »

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 28 marzo 1895; nella *Gazzetta del procuratore*, anno XXVII, num. 6 (10 agosto 1895).

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 29 aprile 1895, a

Sono altresì distribuiti unitamente al prezzo degli immobili, i frutti e gli interessi dovuti dal terzo possessore in conformità dell'art. 2021; cioè dal giorno, in cui fu a lui intimato il precetto trascritto di fare il pagamento o il rilascio; e se la proposta istanza fosse stata abbandonata per lo spazio di un anno, dal giorno in cui sarà trascritta la rinnovata intimazione (art. 2086).

Il creditore avente ipoteca su vari immobili, dopo che gli venne fatta la notificazione accennata nell'art. 2043, se si tratta del giudizio di purgazione, e dopo la notificazione del bando venale in caso di spropriazione forzata, non può sotto pena dei danni rinunziare alla sua ipoteca sopra uno di quegli immobili, nè astenersi volontariamente dal proporre la sua istanza nel giudizio di graduazione, all'intento di favorire un creditore a detrimento di altro creditore anteriormente iscritto (art. 2087). Di questa disposizione così diede ragione il Pisanelli nella *Relazione ministeriale:*

« Parlando dell'ordine e degli effetti delle ipoteche, fu osservato che qualora un creditore il quale abbia un'ipoteca anteriore estesa a più immobili sia soddisfatto sul prezzo di alcuno fra essi, compete ai creditori aventi ipoteca posteriore sopra questi ultimi la surrogazione in quell'ipoteca più estesa, per far valere i loro diritti di credito sopra gli altri immobili. Da tale premessa può giuridicamente derivare che quel creditore non possa rinunziare alla sua ipoteca sopra alcuno degli immobili che vi sono sottoposti? L'ipoteca si estingue colla rinunzia. Se questa è totale niun danno può derivarne ai creditori aventi un'ipoteca posteriore, anzi possono averne vantaggio. Ma, se la rinunzia è parziale per alcuno degli immobili, rinascono gl'inconvenienti gravissimi che motivarono l'accennata surrogazione; si lascerebbe al creditore l'arbitrio d'impedirla, e così il mezzo di rendere perdenti a sua volontà piuttosto gli uni che gli altri fra i creditori aventi un'ipoteca posteriore e meno estesa della sua. Però, fino a che i diritti dei creditori ipotecari sono allo stato di potenza e non di atto, fino a che non esiste un fatto, dal quale emerga giuridicamente che il debitore non soddisfa alle sue obbligazioni, le contrattazioni sugli immobili ipotecati e

---

sezioni unite; nella *Gazzetta del procuratore,* anno XXVII, num. 7 (17 agosto 1895).

le rinunzie alle ragioni ipotecarie devono essere libere; è lecito al debitore di alienare il fondo, deve essere lecito ai creditori di rinunziare in tutto o in parte ai loro diritti di preferenza sul fondo medesimo. Ma quando coll'intimazione del precetto il debitore viene privato della libera disponibilità dei beni compresi nell'esecuzione forzata; quando colla notificazione del titolo di acquisto nei giudizi di purgazione o del bando venale nei giudizi di spropriazione, viene posta in movimento l'azione ipotecaria di tutti i creditori; non deve più essere lecito ad alcuno di essi variare la sua condizione giuridica ne' rapporti della massa ipotecaria. È allora che si presenta il pericolo della collusione; la rinunzia parziale che può fare il creditore avente un'ipoteca anteriore estesa a più immobili, non riuscendo di alcun vantaggio al debitore, non può avere altro scopo che quello di favorire alcuni creditori a detrimento degli altri. Ciò fu vietato dal Progetto. »

Per non cadere in errore nella interpretazione dell'articolo 2087, giova osservare che il creditore, il quale, senza animo di frodare, si vale del diritto di rinunzia dell'ipoteca in favore di un terzo possessore, non è tenuto in luogo di danni alla cancellazione dell'ipoteca pel medesimo titolo iscritta sopra altri fondi passati ad altro terzo possessore. Il quale non può a questo fine giovarsi nè della regola *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio,* nè dell'eccezione *cedendarum actionum,* nè del divieto a rinunziare fatto dall'art. 2087 Cod. civ. al creditore ipotecario a tutela degli interessi del ceto creditorio impegnato in un giudizio di graduazione. Osservò in proposito la Corte di appello di Perugia: « Nell'articolo 2087 Codice civile, che non trova riscontro negli antecedenti Codici, si contiene una salutare deroga al diritto di rinunziare, fatta dal legislatore, non già a profitto del terzo possessore, ma soltanto all'oggetto di frenare quel creditore ipotecario che aperto un giudizio di graduazione rinunciasse alla sua ipoteca per favorire un creditore a detrimento di altro creditore anteriormente iscritto. Nel qual caso volendosi proteggere gl'interessi dell'intero ceto creditorio, raccomandati alla giustizia dei tribunali, fu vietato sotto pena dei danni il rinunziare, a meno che la rinunzia non fosse totale. Basta soltanto accennare i termini e lo scopo di questa innovazione del legislatore italiano per convincersi come la medesima non possa essere utilmente in-

vocata dai terzi possessori. Che anzi quest' unica eccezione fatta al diritto di rinunziare l'ipoteca prova che si volle in tutti gli altri casi mantenerlo inalterato, pel noto brocardico, che *exceptio firmat regulam* (1). »

Seguìta la vendita all'incanto, il cancelliere del tribunale è tenuto entro dieci giorni di far iscrivere a spese del compratore l' ipoteca legale risultante dal detto atto sopra i beni venduti, a favore della massa dei creditori e del debitore, sotto pena di una multa estendibile a lire mille e del risarcimento dei danni (art. 2089).

182. Della graduazione e della distribuzione del prezzo fra i creditori.

La vendita forzata di un immobile non ha altro scopo che la soddisfazione delle ragioni dei creditori. La spropriazione è un mezzo per raggiungere questo scopo; ma esso non sarà raggiunto prima della consegna del prezzo a coloro che vi hanno diritto: e ciò richiede l'adempimento di talune altre formalità. Il concorso di più creditori sul prezzo dell'immobile, le preferenze reclamate rispettivamente da essi in virtù de' loro privilegi e delle loro ipoteche, rendono necessario un procedimento particolare per regolare il posto e la parte di ciascuno di essi nella distribuzione del prezzo. Questa operazione si chiama giudizio di *ordine* o di *graduazione*.

Se per avventura non si ammettesse differenza tra le varie specie di creditori, in tal caso, dovendo tutti essere soddisfatti sul prezzo dei beni venduti in proporzione del loro credito, è chiaro che qualunque *graduazione* sarebbe impossibile. Adunque, la graduazione è la conseguenza necessaria della preferenza ammessa a favore di alcuni creditori, di fronte agli altri. E poichè i creditori, che sono nel sistema della legge preferiti agli altri creditori, non sono che quelli muniti di privilegio o di ipoteca, da ciò deriva con evidenza che il giudizio di graduazione ha la sua origine e la sua ragion d'essere appunto nell'istituto dei privilegi e delle ipoteche (2).

---

(1) Corte di appello di Perugia; sentenza dei 24 ottobre 1881; nel *Foro italiano*, anno 1881, parte I, pag. 1000.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Vol. II, num. 168.

Osserva il Borsari, che il giudizio di graduazione, più che una serie di principii, rappresenta « una serie di moti, » e appartiene propriamente alla procedura. Ivi difatti è organato (Lib. II, tit. III, cap. II del Codice di procedura civile), riserbandosi al Codice civile alcune regole fondamentali circa la distribuzione del prezzo fra i diversi creditori. Ma chi limitasse a sè stesso la istruzione alle sole disposizioni contenute nel Codice civile (il Borsari lo chiama *Codice sostanziale,* non sappiamo veramente con quanta precisione di concetto e di parole), non si farebbe una idea del giudizio di graduazione (1).

Giusta il sistema del Codice Napoleone e degli altri che lo presero ad archetipo, il giudizio di graduazione non incomincia se non dopo che ha avuto termine quello di spropriazione, dopo che la sentenza di vendita è passata in giudicato. In forza di tale sistema, i creditori che dovettero superare la lunga serie delle formalità e dei termini richiesti per la spropriazione, sono costretti a subire una serie novella non meno lunga di altre formalità e di altri termini per conseguire il pagamento di ciò che loro è dovuto.

Il Codice ritologico del Cantone di Ginevra volle evitare tale inconveniente. Secondo il sistema di quel Codice il procedimento per la spropriazione e il procedimento per la graduazione s'intrecciano; molti atti dell'uno s'incastrano nell'altro; essi possono aver termine quasi sincronamente (2).

Nel Codice italiano di procedura civile trovasi pienamente adottato questo sistema. La sentenza che autorizza la vendita deve dichiarare aperto il giudizio di graduazione, indicando e nominando il giudice delegato all'istruzione, ed ordinare ai creditori iscritti di depositare nella cancelleria le loro domande di collocazione motivate, e i documenti giustificativi, nel termine di giorni trenta dalla notificazione del bando (num. 4.° e 5.° dell'art. 666, Cod. proc. civ.).

Premessi questi cenni generali, che a noi non s'appartiene di svolgere, formando il giudizio di graduazione materia del Codice di procedura civile, passiamo a riferire le

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II, § 4347.

(2) V. Bellot, *Loi sur la procédure civile du Canton de Genève, suivie de l'exposé des motifs,* pag. 567 e 568; Genève, 1821.

disposizioni del Codice che si trovano sotto il presente capitolo:

Coll'apertura del giudizio di graduazione si fa luogo al riscatto dei censi e delle rendite perpetue ed i crediti con mora diventano esigibili; ove però tali crediti non producano interessi, la somma collocata sarà depositata nella cassa dei depositi giudiziali, e gli interessi saranno pagati a chi di ragione. Per le rendite o prestazioni vitalizie verrà collocata una somma i cui interessi corrispondano alle stesse rendite o prestazioni, eccetto che i creditori posteriori eleggano di cautelarne efficacemente il pagamento in altro modo. Questa somma è riversibile ai creditori dopo estinto il vitalizio (articolo 2090).

Per quanto concerne la prima parte di questo articolo si legge nella *Relazione ministeriale* del Pisanelli: « Riguardo al giudizio di graduazione fu elevato il dubbio, se i crediti con mora dovessero diventare esigibili, o si dovesse lasciare all'acquirente il benefizio delle more quali competono al debitore. Per lasciar sussistere il benefizio delle more si osserva, che viene per tal modo ad ottenersi un maggiore concorso di oblatori all'incanto, poichè, non dovendosi pagare immantinenti in tutto od in parte il prezzo, possono offrire anche coloro che non si trovano attualmente in grado di pagarlo, ma potranno ciò fare col tempo. Ma questa è appunto una delle ragioni per cui vuole essere respinto il sistema che ammette il benefizio delle more. La speranza di poter pagare col tempo viene spesso delusa, l'esperienza lo ha tuttodì rivelato; un nuovo giudizio di spropriazione fu quasi sempre la conseguenza della fiducia nell'avvenire. L'interesse dei creditori, e quello stesso del debitore giustamente inteso, richiede che non si presentino ad offrire negli incanti, se non quelle persone, che possono pagare il prezzo della vendita, e che si trovano attualmente in grado di soddisfarlo. D'altronde, lo scopo del giudizio di graduazione consiste nello staccare le ipoteche dall'immobile venduto, e realizzarle sul prezzo del medesimo. Quando si procede alla purgazione, a seguito di vendita privata o pubblica, quello scopo deve essere raggiunto; ma esso mancherebbe, se il creditore con mora, dovendone attendere la scadenza per essere pagato, conservasse, come indubitatamente gli competerebbe, la sua ipoteca sull'immobile stesso. Però, al fine di non recare

un vantaggio ingiusto al creditore con mora a danno degli altri creditori o del debitore, fu stabilito che, quando il suo credito non sia produttivo di interessi, la somma dovutagli sarà versata nella cassa dei depositi giudiziali, e gli interessi saranno pagati a chi di ragione. »

Come decise il Supremo Collegio di Firenze, il riscatto dei censi gravanti gl' immobili espropriati è pel creditore *coattivo*, e non semplicemente *facoltativo*. Osservò in proposito la Corte: « Deve ritenersi un errore, che il riscatto dei censi nel giudizio di graduazione sia semplicemente facoltativo nel creditore del censo, e non obbligatorio. La lettera, e meglio lo spirito dell'articolo 2090 Codice civile, mettono in evidenza che quando i beni immobili sono espropriati, e trattasi di distribuire il prezzo ottenuto dalla vendita, essenzialmente si vuole che i beni stessi restino liberi da tutti i vincoli, da tutti i debiti che li gravano, ed in conseguenza il riscatto dei censi che vi si trovano assicurati addiviene coattivo. Lo scopo di questo giudizio consiste appunto nello staccare le ipoteche dagli immobili vincolati a garanzia dei crediti per trasfondere questi e realizzarli sul prezzo dei beni; col qual mezzo si ottiene la liberazione delle proprietà fondiarie, e se ne rende tanto più agevole la trasmissione con sommo vantaggio del pubblico interesse. Se questi argomenti abbisognassero di conferma si troverebbe negli articoli 709 e 716 del Codice di procedura civile; col primo dei quali si dispone, che nel termine di giorni trenta dalla notificazione del bando, i creditori iscritti *dovranno* depositare nella cancelleria le domande di collocazione; e coll'altro si stabilisce, che il tribunale nella sentenza di omologazione pronuncia la decadenza di tutti i creditori non comparsi. Queste disposizioni non solo tolgono ogni dubbiezza che i censi, al pari delle rendite perpetue e dei crediti con mora, si rendono esigibili coll'apertura del giudizio di graduazione, ma dimostrano inoltre l'obbligo assoluto del riscatto, tranne che il creditore preferisca decadere dai suoi diritti ipotecari (1). »

Lo stesso Supremo Collegio di Firenze decise, che l'articolo 2090 del Codice civile, pel quale, coll'apertura del giudizio di graduazione, i crediti con mora diventano esigibili,

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 6 febbraio 1880; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1880, parte I, pag. 488.

è applicabile a tutte le graduazioni, e così tanto a quelle nei giudizi di espropriazione forzata, quanto alle altre nei giudizi di purgazione. Per conseguenza, nell' offerta del prezzo fatta da chi promuove il giudizio di purgazione, deve comprendersi il capitale di tutti gli oneri gravanti il fondo. « Per gli articoli 2040, 2043 num. 3 e 6, e 2044 del Codice civile, e 727, num. 2, del Codice di procedura civile, quegli che promuove il giudizio di purgazione si propone di liberare gli immobili da ogni ipoteca, e deve offrire il prezzo o il valore dichiarato, nel quale, per l'insegnamento della dottrina e per le decisioni della giurisprudenza, deve comprendersi il capitale degli oneri assunti o gravanti il fondo, e quindi con l'offerta del prezzo rinunzia implicitamente, ma necessariamente, alla mora cui potesse esser soggetto uno dei debiti iscritti. Che tale sia l'effetto voluto dal legislatore risulta dai capoversi dell' articolo 2046 del Codice civile, coi quali si dispone che l' immobile resta liberato dalle ipoteche dei crediti che non possono venir pagati col prezzo, e dalle ipoteche l' immobile viene liberato mediante il pagamento dei creditori utilmente *collocati,* o mediante deposito. Qui richiama evidentemente la graduazione, e di questa e dei suoi effetti tratta nell'articolo 2090 e seguenti, col quale articolo si dichiara che l'apertura della graduazione rende esigibili i crediti con mora (1). »

La collocazione dei crediti eventuali e condizionali non impedisce il pagamento dei creditori posteriori; sempre che questi diano cauzione di restituire all' occorrenza le somme esatte (art. 2091).

Allorchè dopo la collocazione dei crediti privilegiati e degli ipotecari, sopravanza una parte di prezzo, questa sarà distribuita per contributo, salva la preferenza stabilita dall'art. 1963 (crediti riguardanti le spese di giustizia fatte per atti conservativi dei mobili nell' interesse comune dei creditori; spese funebri necessarie secondo gli usi; spese d'infermità fatte negli ultimi sei mesi della vita del debitore; somministrazioni di alimenti fatte al debitore per lui e per la sua famiglia negli ultimi sei mesi, e salari delle persone di

(1) Corte di Cassazione di Firenze; sentenza dei 30 dicembre 1889; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1890, parte I, pagina 232.

servizio per egual tempo) fra gli altri creditori comparsi, e in mancanza pagata al debitore (1). Trattandosi però di un terzo possessore spropriato, il sopravanzo sarà a lui pagato, e gli verrà imputato nelle ragioni di regresso verso il suo autore (art. 2092).

183. Dell'arresto personale.

BIBLIOGRAFIA. — 1.° Peckius, *De jure sistendi* (Antuerpiae, 1679); — 2.° Fournel, *Traité de la contrainte par corps* (Paris, an. IX); — 3.° Maugeret, *Traité de la contrainte par corps, telle qu'elle était chez les Romains, telle qu'elle a été en France avant et depuis la Révolution* (Paris 1808); — 4.° Chauveau, *Manuel de la contrainte par corps en matière civile et commerciale* (Paris, 1829); — 5.° Troplong, *De la contrainte par corps* (Bruxelles, 1848); — 6.° Hardouin, *Essai sur l'abolition de la contrainte par corps* (Paris, 1875); — 7.° Lomonaco, *Arresto personale* (nell'*Enciclopedia giuridica italiana*, Vol. I, parte III; Milano, 1893).

Nel Diritto penale vi ha una gradazione fra le pene; e v'ha pure una gradazione nel Diritto civile in materia di mezzi coattivi. La pena di morte si presenta come l'estremo grado di severità nel giure penale; l'arresto personale, come l'*ultima ratio* nel giure civile: *qui non luit in aere luat in corpore*. E, come ai dì nostri fortemente si è dubitato della legittimità della pena di morte; come si è detto, che la società non ha diritto di commettere un secondo omicidio per vendicare un primo omicidio; così, con pari gagliardia si è combattuto l'arresto personale, e si è detto, che una civile legislazione non può ripudiare la massima proclamata già da Solone e sul principio del quinto secolo di Roma dalla legge Petelia Papiria, che il pegno delle assunte obbligazioni sta nel patrimonio e non nella persona del debitore: *pecuniae creditae, bona debitoris, non corpus obnoxium esse* (2).

---

(1) Antonio Mattei, nella sua classica opera *De auctionibus* (Lib. I, Cap. XX) diceva in proposito: « Creditores chirographarii absque ulla temporis praerogativa concurrunt, pecuniasque reliquas pro modo debiti cujusque partiuntur: hoc est quod vulgo dicimus, Geometrica non Arithmetica proportione. »

(2) « Un jurisconsulte italien, Lomonaco, dit très-bien que la con-

Nel cantone di Ginevra, con Legge dei 26 aprile 1849, abolivasi l'arresto personale. Questo esempio veniva seguìto da una Legge emanata in Francia ai 22 luglio 1867 (1). Tale abolizione ebbe luogo nella Germania del Nord, nell'Austria e nella Svezia nel 1868; nel Belgio, nel 1869. In Inghilterra, l'8 agosto 1869, fu emanato un atto della regina Vittoria, dal titolo: *Atto per l' abolizione dell' imprigionamento per debiti, e per la punizione dei debitori fraudolenti.* Nella Spagna l'arresto personale è abolito da quasi sessanta anni. Nel Portogallo l'arresto personale è abolito da un secolo (2). Nella Russia questo mezzo coattivo per l'adempimento delle obbligazioni fu abolito con Oukase dei 7 marzo 1879 (3).

La Commissione Coordinatrice delle disposizioni del Codice civile italiano, dopo ampie considerazioni svolte dal Precerutti e dal De Foresta, approvò a voti unanimi l'abolizione dell'arresto personale. Ma, nella redazione definitiva del Codice, tale sistema non fu accolto: « essendo paruta l'abolizione dell'arresto personale riforma oltrespinta, precoce e poco propizia alle civili transazioni. » Abbiamo riferite le parole del Vacca, che si leggono nella *Relazione* la quale precede il Codice civile.

---

trainte par corps est une marque de barbarie. » Laurent, *Droit civil international,* Vol. IV, num. 147. — Il Laurent cita il nostro *Trattato di Diritto civile internazionale,* dove si trova riassunto il sistema che, intorno all'arresto personale, accoglievasi nella compilazione del Codice civile italiano.

(1) Ma l'Assemblea nazionale francese, con Legge dei 18 dicembre 1871, ristabiliva l'arresto personale pel ricupero delle spese di giustizia in materia criminale, correzionale e di polizia. V. Enrico Hardouin, *Essai sur l'abolition de la contrainte par corps*; Paris, 1875.

(2) V. il Discorso pronunziato dal Mancini (Ministro di grazia e giustizia) nella tornata della Camera dei deputati dei 6 febbraio 1877, sul progetto di legge per l'abolizione dell'arresto personale per debiti civili e commerciali. In questo Discorso il Mancini chiamava l'arresto personale per debiti: « l'ultima, benchè raddolcita forma della servitù personale, della padronanza dell'uomo sulla persona di un altro uomo. »

(3) V. l'*Annuaire de législation étrangère*, Vol. IX, pag. 702 a 722 (anno 1880). Nello stesso *Annuaire* (Vol. X, pag. 40 a 49; anno 1881), è riferita la Legge dei 7 settembre 1880 che aboliva l'imprigionamento per debiti nella Scozia (*An act to abolish Imprisonment for Debt in Scotland*).

Ma, appena dodici anni dopo la promulgazione del Codice, il legislatore cangiò avviso; ed il 6 dicembre 1877 venne emanata in Italia una Legge del seguente tenore:

Art. 1.°: « L'arresto personale per debiti in materia civile e commerciale contro nazionali e stranieri è abolito, salvo le eccezioni seguenti. »

Art. 2.°: « L'arresto personale è mantenuto per l'esecuzione delle condanne pronunziate da giudici penali contro gli autori e i complici di crimini e delitti, alle restituzioni, al risarcimento dei danni ed alle riparazioni. Nelle contravvenzioni sarà facoltativo al giudice di aggiungerlo alle condanne. »

Art. 3.°: « L'arresto personale potrà essere pronunziato anche dai giudici civili per restituzioni, per risarcimento di danni e per riparazioni derivanti da un fatto punito dalla legge penale. »

Art. 4.°: « Nei casi contemplati nei precedenti articoli 2 e 3 saranno osservate le disposizioni degli art. 2096 e 2104 del Codice civile; ma la durata dell'arresto non potrà eccedere un anno nelle obbligazioni nascenti da crimine; mesi sei in quelle nascenti da delitto; e in quelle nascenti da semplice contravvenzione non potrà essere minore di giorni tre, nè maggiore di tre mesi ecc. »

Nella *Relazione ministeriale* del Mancini furono così giustificate le eccezioni al principio abolitivo dell'arresto personale: « In presenza di un debito derivante da condanna per una violazione della legge avente carattere di crimine o delitto, alla cui repressione tutta la società è interessata, è giusto non solo, ma necessario, che il colpevole possa esser costretto a riparare interamente il male da lui commesso, anche colla coazione personale. Nè dicasi, che il debito, per quanto proveniente da reato, si risolva pur sempre in una obbligazione civile, alla quale per conseguenza dovrebbe essere in tutto pareggiato. È evidente la differenza, che intercede fra le obbligazioni derivanti da reato, e quelle derivanti dalle ordinarie fonti degli obblighi civili e commerciali. In queste il creditore ha quasi sempre volontariamente accettato il suo debitore. Se egli fosse stato più circospetto nell'assicurarsi della qualità e della solvibilità del debitore, molto probabilmente non avrebbe avuto alcun bisogno di ricorrere a mezzi coattivi per ottenere il pagamento del suo credito.

Quando invece si tratta di obbligazioni derivanti da un reato, il debitore è tale, perchè lo ha voluto: e l'altro è creditore non per sua volontà, ma soltanto perchè fu vittima di un crimine o di un delitto. Anche perciò adunque è giusto, che in questo caso speciale il creditore ottenga dalla legge una tutela piena e più energica dell'ordinaria, quale è appunto l'uso dell'arresto personale contro il suo debitore. Certamente l'arresto personale, che in questi casi ha in parte il carattere di esecuzione e sperimento di solvibilità, e in parte il carattere di pena sussidiaria, deve essere applicato con misura entro limiti razionali e dalla legge determinati, acciocchè non degeneri in una seconda pena vera e propria; ma nessuno potrebbe chiederne ragionevolmente l'abolizione, senza rendere nella maggior parte dei casi frustranea la condanna alle restituzioni, al risarcimento dei danni ed alle riparazioni derivanti da un crimine o da un delitto. » La Commissione della Camera dei deputati aggiunse al testo dell'articolo 2 del Progetto le parole *contro gli autori e i complici* (di crimini e delitti), e il relatore Varè assegnava dell'aggiunta questa ragione: « La Commissione ha creduto consentaneo al sistema l'aggiungere una limitazione, per cui la possibilità di venir condannato all'arresto personale si restringa alla persona degli autori o complici del reato. Sino al punto di conservare per le obbligazioni nascenti da delitto l'arresto personale come mezzo di esecuzione, quasi pena sussidiaria, parve si potesse giungere senza abiurare il principio. Estenderla però alla persona dell'erede innocente, o di chi sia civilmente responsabile, di chi cioè non vada rimproverato di dolo, nè di vera colpa accertata, ma di sola colpa presunta, sembrava soverchio, anzi contrario alla base ragionevole dell'articolo. »

Riferiamo il testo dei due articoli del Codice, mentovati nell'art. 4 della Legge del 1877:

È vietato l'arresto per una somma principale minore di lire 500 (art. 2096). Il debitore può liberarsi dall'arresto personale pagando un quarto della somma dovuta con gli accessori, e dando pel resto una cautela che sia riconosciuta sufficiente, se prima dell'arresto, dall'autorità giudiziaria che ha pronunziata la sentenza; se dopo lo arresto, dal tribunale civile nella cui giurisdizione trovasi arrestato. L'autorità giudiziaria accorderà al debitore la sospensione dell'arresto per

quel tempo che ravviserà necessario al pagamento del residuo debito. Decorso il detto termine, è in facoltà del creditore non soddisfatto di far procedere all'arresto del debitore per la compiuta esecuzione della condanna, e rimangono ferme le cautele dategli per la sospensione dell'arresto (articolo 2104).

Il Codice civile italiano consacrava un Titolo speciale all'arresto personale; noi, scrivendo dopo la Legge del 1877 il cui testo sopra abbiamo riferito, non dobbiamo fermarci nell'esame dei singoli articoli nel suddetto Titolo racchiusi. È debito però di giustizia il notare che il Codice italiano, modellandosi in gran parte sulla Legge francese del 1832, rendeva men cruda l'applicazione dell'arresto personale di fronte al Diritto che era in vigore nelle diverse regioni della penisola. Il Ministro Guardasigilli, nella Relazione che va innanzi al Codice, diceva che: « rifiutandosi il principio dell'abolizione assoluta, si venne ordinando un sistema improntato di estrema mitezza, restringendo l'applicazione dell'arresto personale ai casi più gravi, sia che quel modo di più dura esecuzione abbia a colpire il dolo e la frode, sia che fortificando le inibizioni o i precetti del magistrato, valga ad assicurare il misto impero che è la sanzione efficace di ogni giurisdizione. » A conforto di ciò che diceva il Ministro, giova ricordare alcune disposizioni del Codice.

Superiormente abbiamo riferito il testo dell'articolo 2096, in forza del quale è vietato l'arresto per una somma principale minore di lire 500. Notava in proposito un antico scrittore: « Indecorum esse videtur, quod quis pro minimo debito arrestari posset (1). » D'altra parte, il debitore che non può pagare una lieve somma trovasi nell'indigenza; in tal caso non sarebbe una crudeltà inutile l'arresto personale?

L'articolo 2097 vieta l'arresto personale: 1.° Contro i minori, salve le disposizioni del Codice di commercio. L'umanità richiede che si abbiano dei riguardi per la debolezza fisica e morale dell'età minore: *parcendum teneris*. 2.° Contro le donne, salve ancora le disposizioni del Codice di commercio. Anche Giustiniano proibì l'arresto delle donne per debiti civili: « ut non per hujusmodi occasiones inveniantur

(1) V. Peckius, *De jure sistendi*, Cap. V, num. 14; Antuerpiae, 1679.

circa castitatem injuriatae. » (Novell. CXXXIV, cap. 9). 3.° Contro coloro che hanno compiuto l'età di anni sessantacinque. I rigori della legge si arrestano innanzi alle infermità della vecchiezza, innanzi alla compassione che si deve all'età avanzata. 4.° Contro gli eredi del debitore; cui non si può opporre quel dolo e quella colpa che si potevano attribuire al loro autore (1).

Giusta l'articolo 2099, l'arresto personale non può mai eseguirsi simultaneamente contro il marito e la moglie per lo stesso debito. La legge mostrerebbesi troppo severa, se desse facoltà al creditore di colpire simultaneamente l'uno e l'altra. Bisogna lasciare un sostegno alla famiglia, un custode al domestico focolare.

Ma la disposizione più importante contenuta nel Codice italiano in tema di arresto personale è quella dell'art. 2093, che stabiliva il principio generale, di non potersi ordinare l'arresto se non nei casi e nelle forme determinate dalla legge; e quindi doversi ritenere come nulla ogni stipulazione in contrario.

Crediamo che il ricordo delle riferite disposizioni possa bastare per giustificare le parole del Ministro Guardasigilli, sulla *estrema mitezza* cui informavasi il Codice italiano nell'ordinamento dell'arresto personale. Da questo sistema si passò all'altro dell'abolizione di tal mezzo coattivo pei debiti così civili come commerciali. E l'esperienza, che è certo il miglior criterio per giudicare della bontà delle leggi, ha dimostrato che la società niun danno ha risentito dall'abolizione dell'arresto personale; ultima reliquia, nel campo del Diritto civile, di principî ripudiati dalla civiltà moderna, perchè in aperta opposizione col rispetto che si deve alla personalità umana.

Abbiamo precedentemente richiamate in una nota (*in imo paginae limbo,* per ripetere una elegante frase del Mazzocchi) alcune parole del Mancini, pronunziate nella Camera elettiva, circa la vera natura dell'arresto personale per debiti. Ma reputiamo opportuno, per dimostrare il fondamento di giustizia su cui riposa la Legge del 1877, riferire i punti culminanti del ragionamento cui il Mancini faceva ricorso

(1) V. Troplong, *Contrainte par corps*, num. 272-291; Bruxelles, 1848.

allo scopo di provare la *illegittimità* dell' istituto, del quale proponeva l'abolizione. « Io non intendo d'innalzarmi alle regioni ideali del diritto e della filosofia, nè ripetere i ragionamenti tante volte addotti da quanti ci precedettero nell'esame della questione. Non ricercherò dunque, se l'uomo possa essere mezzo di utilità d' un altro uomo; se il fine del diritto possa convertirsi in mezzo; se la persona umana possa degradarsi adoperandosi a garantìa di interessi pecuniari. Io credo che l'illegittimità dell'arresto personale si appalesa, in primo luogo, dalla cognizione dell'*essenza* stessa di quest'istituto giuridico; in secondo luogo, dalla considerazione dei suoi *effetti*. Per quanto riguarda l' *essenza* di questa istituzione, vi ha una pagina bellissima del nostro illustre Pellegrino Rossi, che consacrò a quest' argomento una splendida Lezione in Parigi, in cui dice che il pensiero primitivo, originario della istituzione dell'arresto per debiti non pagati, è un pensiero selvaggio, perchè il selvaggio non conosce che la forza, si abbandona alle proprie passioni, specialmente alla collera, si lascia trasportare anche contro l'impotenza a soddisfare alle sue volontà, ed impiega la violenza per vincere qualsiasi resistenza, facendo quello stesso che fanno i fanciulli, che sono, egli dice, i selvaggi delle società civilizzate. Altri scrittori hanno detto che, analizzata l'essenza di questa istituzione, essa contiene qualche cosa che la fa rassomigliare alla schiavitù, che la fa rassomigliare alla tortura. A prima vista sembrano queste declamazioni esagerate; eppure, uomini insigni non hanno mancato di ravvisare intime analogie tra queste aberrazioni del senso morale dell'umanità. Il Décazes, in una delle discussioni che ebbero luogo in Francia, diceva: « L'arresto personale è una schiavitù fittizia e momentanea, meno crudele, ma forse più ingiusta della schiavitù antica. » Infatti nel sistema della schiavitù lo schiavo lavorava pel padrone, rappresentava economicamente un valore, e rendeva un utile servizio a chi pretendeva di aver diritto su di lui; mentre l'arresto personale, questa benigna schiavitù moderna, condanna il debitore all'ozio ed al far nulla, costringendolo a sofferenze improduttive pel suo creditore. L'arresto per debiti si assomiglia altresì alla tortura, dappoichè, quando si applica questo mezzo di coazione, come uno sperimento di solvibilità, si fa un ragionamento presso a poco somigliante a quello che guidava gli antichi

nell' assurdo mezzo della tortura. Essi presumevano che gli accusati, ai quali dovesse applicarsi, fossero sicuramente colpevoli, e ricusassero di confessare; che applicandola a testimoni, costoro certamente dovessero sapere i fatti che tacevano; e con la tortura intendevano sperimentare se queste presunzioni risultassero confermate dal fatto. Perciò nella esposizione dei motivi del Governo francese fu scritto: « La tortura è il principio essenziale dell'arresto personale. Esso ha per iscopo di forzare, con sofferenze fisiche e morali, il debitore di una somma a pagarla, come il cavalletto era il mezzo di astringere l'uomo creduto colpevole a confessare il suo delitto. Alcuni popoli sottomettevano i debitori ricalcitranti al bastone; noi ci contentiamo della prigione. Sarà, se così vuolsi, una tortura civilizzata, ma pure è sempre la tortura. L'arresto personale giudicato a questo punto di vista è eminentemente ingiusto; esso suppone, contro verità, che tutti i debitori commercianti, tutti i debitori per certe cause, possano e non vogliano pagare; ed assoggetta agli stessi rigori il perverso, l'imprudente e lo sfortunato. » L'arresto del debitore è poi altresì una tortura morale pei suoi congiunti, per la famiglia, insomma per tutti coloro che hanno cara la sua riputazione ed il suo avvenire, e che sebbene non siano debitori, nè obbligati dalla legge a pagare, trovansi così costretti da una terribile morale violenza a soddisfare il creditore. » Il Mancini soggiungeva, che deplorevoli erano gli *effetti* dell'arresto personale. In rapporto alla *persona* del condannato il Bayle Mouillard, autore di una reputata opera contro l'arresto personale, coronata dall'Accademia delle scienze morali e politiche, così si esprimeva: « Non si è mai abbastanza riflettuto a tutto ciò che vi è di nocivo nella incarcerazione per debiti. Essa macchia l'onore, trascina alla rovina del commercio che faceva il debitore, paralizza la sua industria, rilascia e spezza i legami di famiglia. Per poco che essa si prolunghi fa perdere l'abitudine di ogni lavoro, usa ed invecchia il corpo, indurisce il cuore, estingue l'intelligenza, distrugge ogni sentimento di dignità. » E continuava, facendo una deplorabile, ma pur troppo verace dipintura delle conseguenze che derivano sopra la persona del prigioniero dall'applicazione dell'arresto personale. E per ciò che riguarda la *famiglia*, questo istituto è necessariamente spogliatore e corruttore. Fu avvertito come se ne facesse mag-

giore abuso nei paesi in cui, anzichè praticarsi il sistema della comunione di beni tra coniugi, dominava il sistema dotale. Perchè mentre la legge circonda la dote della garantia della inalienabilità, per assicurare in ogni evento alla famiglia i mezzi di sussistenza, era frequente il caso in cui si ponesse in prigione il marito per la possibilità in cui era il creditore di ottenere che i tribunali autorizzassero la vendita di una parte più o meno considerevole della dote, ciò permettendo le stesse leggi protettrici della intangibilità della dote, quando si trattava di salvare dalla prigione lo sposo ed il padre di famiglia, e di restituirgli la libertà. Queste considerazioni, conchiudeva il Mancini, non permettono di dubitare della intrinseca illegittimità dell' istituto giuridico dell' arresto personale. « Il sacrifizio della libertà individuale non può giustificarsi che in faccia ai diritti superiori che ha la società civile al mantenimento della sua sicurezza e tranquillità, ed all'incolumità dell'ordine pubblico non turbato da reati; dappoichè alla sicurezza sociale debbono cedere l'interesse ed il diritto dei privati. Ma non è ammessibile un olocausto della libertà individuale per interessi pecuniari ed economici, per interessi che appartengono all' ordine della ricchezza e della soddisfazione di privati vantaggi. »

PARTE SETTIMA

Della prescrizione.

184. Il sistema della prescrizione nel Codice civile italiano.

BIBLIOGRAFIA. — 1.° Balbus, *Tractatus de praescriptionibus* (Coloniae, 1564);—2.° De Groot, *De usucapionibus et praescriptionibus* (Lugduni Batavorum, 1597); — 3.° Arumaeus, *De rerum usucapione* (Jenae, 1608); — 4.° Wippermanni, *De usucapionibus et praescriptionibus* (Rintelii, 1666); — 5.° Antonello, *Tractatus de tempore legali, in quo juris quaestiones de tempore in genere, de annis, mensibus* etc. (Venetiis, 1670); — 6.° Lundius, *De jure usucapionis et praescriptionis* (Upsal. 1698); — 7.° Mülleri, *De usucapione et praescriptione longi temporis ex principiis naturalibus* (Lipsiae, 1744); — 8.° Rücker, *De civili et naturali temporis computatione in jure* (Lugduni Batavorum, 1749); — 9.° Rave, *De praescriptionibus* (Jenae, 1766);—10.° Pothier, *De la possession et de la prescription* (Paris, 1772);—11.° Dunod, *Traité des prescriptions* (Paris, 1786); — 12.° Dupont, *De praescriptionibus secundum hodierni et romani juris praecepta* (Leodii, 1823); — 13.° Vazeille, *Traité des prescriptions* (Clermont-Ferrand, 1832); — 14.° Hureaux, *De la manière de compter le temps pour prescrire* (nella *Revue de Droit français et étranger*, Vol. XIII, pag. 278 e seg.); — 15.° Bressolles, *De la prescription de dix et de vingt ans, appliquée à l'acquisition et à l'extinction de l'usufruit et des servitudes* (nella *Revue de Droit français et étranger,* Vol. XV, pag. 744 e seg.);—16.° Bonnet, *De la prescription* (Paris, 1846); — 17.° Stinzing, *Wesen v. bona fides und titulus in d. röm. Usucapionslehre* (Heidelberg, 1852); — 18.° Moyret, *Des causes qui suspendent la prescription*

(Paris, 1857); — 19.° Troplong, *De la prescription* (Paris, 1857, 4.ª ediz.); — 20.° Unterholzner, *Ausfürliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten* (Leipzig, 1858); — 21.° Riochano, *De l'interruption et de la suspension de la prescription* (Paris, 1869);—22.° Hölder, *Die Theorie der Zeitberechnung nach röm. Recht* (Gottinga, 1873); — 23.° Chenest, *Du juste titre dans la tradition et dans l'usucapion* (Nancy, 1874); — 24.° Lamieussens, *Etude sur le juste titre* (Toulouse, 1874); — 25.° Desjardins, *Etude historique sur les causes d'interruption de la prescription* (Paris, 1877);—26.° Scarlata-Previtera, *Della trascrizione del testamento per l'effetto della prescrizione decennale* (nel *Filangieri*, novembre 1877);—27.° Leseur, *Des qualités requises dans la possession au point de vue de la prescription* (Paris, 1878); — 28.° Bellaguet, *De la prescription de 10 et de 20 ans* (Paris, 1879); — 29.° Nardi, *Della massima: agere non valenti non currere praescriptionem* (nel *Giornale delle leggi*, anno XIII, num. 11); — 30.° Ermann, *Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte* (Berlin, 1883);—31.° Co-'n, *De l'interruption de la prescription en matière civile* (Paris, .883);—32.° Peiron, *De la nature du juste titre en matière d'usucapion* (Lyon, 1885); — 33.° Ciaburri, *Della interruzione naturale del possesso* (nel *Filangieri*, anno 1886, pag. 295 e seg.); — 34.° Napolitani, *Dell'interruzione naturale del possesso* (V. *Dritto e giurisprudenza*, anno I, pag. 339 e seg.); — 35.° Pugliese, *Trattato della prescrizione acquisitiva* (Torino, 1889); — 36.° Pugliese, *Trattato della prescrizione estintiva* (Torino, 1892);—37.° Losana, *Cenni sulla prescrizione decennale* (nel *Rolandino*, anno 1892, pag. 33 e seg.); — 38.° Ruffini, *La buona fede in materia di prescrizione, storia della teoria canonistica* (Torino, 1892);—39.° Bonfante, *La iusta causa dell'usucapione* (nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Vol. XV, pag. 161 a 195; anno 1893); — 40.° Mirabelli, *Della prescrizione* (Napoli, 1893);—41.° Dareste, *De la prescription en droit civil* (V. *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, Vol. XLII, pag. 467 a 487, anno 1894); — 42.° Thomsen, *La prescription des créances* (nella *Revue de droit international et de législation comparée*, anno 1894, pag. 530 e seg.); — 43.° Morand, *Du rôle de la transcription dans la prescription décennale de l'hypothèque* (nella *Revue critique de législation*, anno 1894, pag. 536 a 545);—44.° Tartufari (L.), *Dell'articolo 2146 Codice civile in relazione all'articolo 57 del Codice di commercio* (nella *Scienza del Diritto privato*, Vol. III,

quad. I, anno 1895); — 45.° Fadda, *Brevi appunti in tema di prescrizione estintiva: riconoscimento del debito e sua efficacia in ordine all'interruzione ed alla rinunzia alla prescrizione* (nel *Filangieri*, anno 1895, parte I, pag. 81 e seg.); — 46.° Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription* (Paris, 1895).

Giusta l'articolo 710, la proprietà e gli altri diritti sulle cose possono anche acquistarsi col mezzo della *prescrizione*. Adunque la prescrizione è un modo di acquisto della proprietà e degli altri diritti sulle cose. La prescrizione è un modo di acquisto, ma certamente gli acquisti non si avverano per effetto della prescrizione con quella frequenza, colla quale hanno luogo per effetto degli altri modi enunciati nell'articolo 710 del Codice. Per quanto riguarda poi la prescrizione estintiva, non è cosa frequente che il creditore, pel tempo necessario all'avveramento della prescrizione, non domandi l'osservanza dell'obbligazione a suo favore contratta o altrimenti stabilita. Francesco Berni, nel suo capitolo *In lode del debito*, diceva argutamente: « È più accarezzato e più servito, Un debitor da chi ha aver da lui, Che se del corpo fuor gli fosse uscito. Non par che tenga memoria d'altrui. » Ma talvolta si verifica che il creditore non *tiene memoria* del debitore; ed allora è il caso della prescrizione. Molto si è discusso sulla *moralità* della prescrizione. Giustiniano la chiamava *impium praesidium*; Cicerone, *finis sollicitudinis ac periculi litium;* Cassiodoro, *patrona generis humani* (1). In una decisione della Ruota Romana trovasi questa massima in tema di prescrizione, massima che è pure ripetuta da parecchi giuristi dell'antica scuola: « Materia praescriptionis est satis odiosa, et semper quando potest evitanda, et quantum fieri potest refrenanda (2). » Senza arrestarci intorno al-

(1) Osserva il Dernburg, che: « die Verjährung bezweckt den Schutz der Gegenwart gegenüber der Vergangenheit. » Cita, oltre i testi di Cassiodoro e di Cicerone, quello di Papiniano (L. 2, D. *ne de statu defunctorum*), che chiama la prescrizione *publica tutela*. V. Dernburg, *Pandekten*, Vol. I, § 144, *Verjährung im allgemeinen;* Berlin, 1894, 4.ª ediz.

(2) Ruota Romana; decisione dei 18 febbraio 1641; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum*, Pars IX, Vol. I, num. 4; Venetiis, 1716.

l' esame di questi giudizi, ciascuno dei quali ha la sua parte di vero *(sont quelquefois vrais,* dice il Troplong, accennando alle parole di Giustiniano), tenuto conto dei diversi casi nei quali s' invoca la prescrizione; noi passiamo ad esporre, colla maggiore concisione che ci è possibile, pure studiandoci di nulla intralasciare che sia necessario, le regole statuite in proposito dal legislatore italiano. Ci limiteremo soltanto ad avvertire, in via preliminare, che il fondamento razionale della prescrizione non è il decorrimento del tempo; il quale serve soltanto per manifestare legalmente la volontà delle parti cui giova o nuoce la prescrizione. Ripeteremo le sapienti parole del Vico: « *Tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris;* perchè il *tempo* non può cominciare nè finire l' *eterno;* e nell' *usucapioni* e *prescrizioni* il *tempo* non produce, nè finisce i diritti, ma è *pruova* che chi gli aveva abbia voluto spogliarsene (1). » Ha notato il Maynz, che risulta dalla natura di alcuni diritti la libertà di esercitarli o di non esercitarli. La mancanza di esercizio del nostro diritto non importa nessun cangiamento nella sua esistenza. Nondimeno, vi è una categoria di diritti che la legge concede sotto condizione che si facciano valere in un tempo determinato. « Ce sont les actions, c'est-à-dire les moyens que la loi nous donne afin de poursuivre en justice la reconnaissance d'un droit. » Le azioni si possono estinguere col semplice non uso; ma questo modo di estinzione non esiste per gli altri diritti (2). Sotto l'impero del Codice, fra i diritti che si possono estinguere pel semplice non uso (giusta il concetto del Maynz), si dovrebbero collocare ancora le servitù. Ma noi non accettiamo questo concetto. Anche in rapporto alle azioni, anche in rapporto alle servitù, se l' inerzia prolungatasi per un trentennio fa perdere le une e le altre, non si avvera la prescrizione per effetto del semplice decorrimento del tempo, soltanto perchè sia venuta meno una condizione statuita dalla legge circa il tempo del loro esercizio, ma invece perchè la inerzia di chi poteva sperimentar l'azione e non

---

(1) V. Vico, *Principî di Scienza nuova*, Lib. IV, Cap. ultimo; Napoli, 1744. V. pure ciò che osserva il Lasson, *System der Rechts philosophie,* § 43; Berlin und Leipzig, 1882.

(2) V. Maynz, *Éléments de droit romain,* Vol. I, § 93; Bruxelles. 1856.

l'ha sperimentata, poteva esercitare la servitù e non l'ha esercitata, fa presumere (e la presunzione, per considerazioni di ordine pubblico, non ammette prova in contrario) la rinunzia all'azione e alla servitù.

I.

Disposizioni generali.

La parola *praescriptio,* sostantivo del verbo *praescribere,* significa propriamente una scrittura posta avanti, *prae-scriptio.* Ed ecco la genesi del significato giuridico di questa parola. A Roma, quando il pretore concedeva una formola di azione, che ordinava al giudice di condannare alla restituzione il possessore di una cosa, ove si fosse provato, secondo le regole del diritto civile, appartenere questa cosa alla parte avversa, il convenuto poteva sottrarsi a tale condanna provando, che se egli non era proprietario della cosa *ex jure quiritum,* la possedeva tuttavia oltre il tempo richiesto per essere al sicuro da ogni attacco, secondo la giurisprudenza pretoria. Allorchè il convenuto opponeva tal mezzo di difesa, il pretore, alla formola che recava l'ordine di condannare, aggiungeva questa restrizione: *nisi de ea re longa possessio sit.* E siccome queste parole, quantunque poste dopo, pure scriveansi *a capo della formola,* era appunto per mezzo di una *praescriptio* che proteggevasi il convenuto. Nota il Dirksen· « *Praescriptio,* clausola, quae ab altera litigantium parte formulae judicii praefigebatur. » E richiama il testo di Gaio (*Comm.* IV, 132): « Praescriptiones appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribuntur (1). » Oggi non esistono più nè formole, nè scritture da porre in principio; nondimeno la voce *prescrizione* si è conservata sino a noi, come tante altr che la pratica ha fatto sopravvivere alle cose che designa-

(1) V. Dirksen, *Manuale latinitatis fontium Juris civilis Romanorum,* verb. *Praescriptio;* Berolini, 1837. « Les *praescriptiones* sont, comme les exceptions, des parties accessoires de la formule, et elles y figurent en tête, tantôt précédant la *demonstratio,* tantôt s'y incorporant. » Accarias, *Précis de Droit romain,* Vol. II, num. 920; Paris, 1882.

vano (1). Si è avverato per la voce *prescrizione* lo stesso che abbiamo notato in rapporto alla voce *compensazione,* con cui anche oggi si designa uno dei modi con cui si estinguono le obbligazioni.

Il Codice, nell'articolo 2105, definisce la prescrizione: « un mezzo con cui, col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto od è liberato da una obbligazione. » Il Giorgi definisce la prescrizione in generale: « una ragione acquistata per decorso di tempo (2). » Ma perchè togliere alla definizione del Codice quell'inciso che afferma solennemente, sebbene implicitamente, il concetto che *tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris?*

La definizione racchiusa nell'articolo 2105 del nostro Codice risponde sostanzialmente a quella contenuta nell'articolo 2219 del Codice francese. Il Mourlon alla definizione data dal legislatore crede preferibile questa: « La présomption légale d'une cause légitime antérieure d'acquisition ou de libération. » Il Laurent censura con severe parole la definizione proposta dal Mourlon. « Nous ne repoussons pas l'innovation parce que c'est innovation, nous la repoussons parce qu'elle confond toutes choses. Elle confond le fait juridique avec la preuve de ce fait. Elle confond l'effet de la prescription avec les motifs sur lesquels elle est fondée (3). » E noi crediamo che la censura sia giusta.

Nella definizione della prescrizione, data dal Codice francese e dal Codice italiano, la voce *prescrizione* è assunta in una larga accezione; essa abbraccia così l'usucapione o prescrizione acquisitiva, come la prescrizione propriamente detta, vale a dire la prescrizione estintiva. Dobbiamo determinare il concetto delle due specie di prescrizione.

L'usucapione, o prescrizione acquisitiva, è un mezzo, sia di consolidare, mercè un possesso rivestito di certi caratteri e continuato per uno spazio di tempo determinato, dei diritti di proprietà o di servitù soggetti ad evizione sino al suo compimento, sia di liberare, nello stesso modo, un immobile

---

(1) V. Marcadé, *Explication du Code civil,* sull'art. 2219 del Codice francese.

(2) V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni,* Vol. VIII, num. 212; Firenze, 1893, 3.ª ediz.

(3) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXXII, num. 3.

dagli oneri di cui può essere gravato. La prescrizione propriamente detta o estintiva è una eccezione, mercè della quale si può respingere un'azione, sol perchè quegli che la promuove ha, per un certo tempo, trascurato d'intentarla o di esercitare il diritto cui essa si riferisce (1).

Bisogna guardarsi dal confondere la *prescrizione estintiva* con la *decadenza* incorsa per lo spirare di un termine, alla cui durata è circoscritto l'esercizio di una *facoltà*, cioè di un mezzo concesso dalla legge, dalla convenzione o dal giudice per assicurarsi un vantaggio il quale non si è peranco effettivamente acquisito. Corrono differenze notevoli tra la prescrizione estintiva e la decadenza. Crediamo necessario di accennarle distintamente:

A) Il termine allo spirare del quale si verifica una decadenza decorre contro qualunque persona, anche minore. Il Codice applica questo principio nell'articolo 1519, dove è parola del termine entro il quale si può sperimentare il riscatto in tema di vendita. Il suddetto articolo dispone: « Il termine decorre contro qualunque persona, ancorchè minore di età, salvo il regresso contro chi di ragione. » Invece, la prescrizione è sospesa a favore di alcune persone, e segnatamente dei minori non emancipati (art. 2120).

B) La prescrizione (estintiva) non produce che una eccezione. Ad esempio, io per un trentennio non ho curato di esigere un credito contro Sempronio. Se, dopo scorso questo tempo, domando il pagamento del credito, il convenuto, eccependo la prescrizione, ha diritto a che la mia domanda sia rigettata. Invece, la decadenza può servire di sostrato ad una azione. Un esempio lo troviamo nell'articolo 1176 del Codice, dove è statuito, che « il debitore non può più reclamare il benefizio del termine, se è divenuto non solvente, o se per fatto proprio ha diminuito le cautele date al creditore, ovvero non gli ha dato le cautele promesse. » In forza di questo articolo, io creditore posso agire contro il debitore, e domandare che sia dichiarato decaduto dal benefizio del termine.

---

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil*, Vol. I, § 209.—Il Codice civile del Messico (del 1871) dichiara nell'articolo 1166: « La adquisicion de cosas ó derechos en virtud de la posesion, se llama prescripcion *positiva;* la exoneracion de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripcion *negativa*. »

Adunque, come dianzi abbiamo notato, mentre dall' avveramento della prescrizione estintiva non sorge che una eccezione, dalla decadenza può germinare ancora un'azione.

C) Si può sempre rinunziare alla prescrizione quando essa è compiuta: è detto espressamente nell'articolo 2107, che di qui a poco esamineremo. Invece, non è sempre permesso di rinunziare al benefizio di una decadenza avveratasi in proprio vantaggio; ad esempio, se il venditore non ha esercitato il riscatto nel termine convenuto, non può ammettersi la rinunzia del compratore agli effetti che derivano dalla decadenza in cui è incorso il venditore. In altre parole, per spiegare meglio il concetto, se il compratore consente a che il fondo ritorni in potere del venditore originario, allora, essendosi verificata già la decadenza, non si ha più una risoluzione della prima vendita, ma invece si ha una vendita novella. In questo contratto il compratore primigenio sarà venditore; e il venditore originario sarà compratore. Le figure dei contraenti sono invertite (1).

L' usucapione ha per fondamento il bisogno di assicurare la stabilità del dominio delle cose. Dice il giureconsulto Gaio: « Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium. » (L. 1, D. *de usurp. et usucap.*). La prescrizione propriamente detta ha per base la necessità di garantire il patrimonio dagli attacchi a cui potrebbe essere esposto, quando per avventura fosse lecito di esercitare un diritto dopo lunghi anni di silenzio.

La prescrizione acquisitiva non può avere per oggetto che immobili, ovvero diritti reali immobiliari (tra cui dobbiamo notare specialmente le servitù prediali). All' opposto, la prescrizione estintiva si applica ad ogni specie di diritti e di azioni, tanto reali che personali. Fa d' uopo eccettuare soltanto il diritto di proprietà, che non si può perdere in conseguenza del semplice non uso. La ragione è questa, che la prescrizione può essere sì una causa di acquisto o di liberazione, ma non può essere una causa di estinzione pura e semplice di un diritto che il tempo, il quale da sè solo *vim*

(1) V. Aubry e Rau su Zachariae, *Ibidem*. — Troplong, *Prescription*, num. 27.

nullam effectricem habet, non può fare acquistare ad alcuno. Come bene osserva il Baudry-Lacantinerie: « En supposant que le droit du propriétaire pût périr par le simple non-usage pendant trente ans, sans que personne l'ait exercé à sa place, à qui irait la propriété après ce long délai? On ne pourrait que l'attribuer à l'Etat ou au premier occupant, et l'une de ces solutions ne serait pas plus satisfaisante que l'autre (1). » In altre parole, quando troviamo soltanto l' inerzia del proprietario nell'esercizio del suo diritto, e non troviamo insieme il possesso legittimo della cosa da canto di una persona diversa dal proprietario, non è il caso dell' avveramento della prescrizione.

Dalla prescrizione acquisitiva può derivare così un'azione come un' eccezione a favore di colui che ha prescritto. Ad esempio, ho acquistato, in forza della prescrizione, un immobile. Ebbene, mi appartiene l'azione di rivendicazione contro il detentore dell' immobile, quando per avventura io ne abbia perduto il possesso; e, se mi trovo in possesso, mi appartiene una eccezione perentoria all'azione in rivendicazione che l'antico proprietario voglia sperimentare contro di me. Al contrario la prescrizione estintiva, non essendo altro che un mezzo diretto allo scopo di respingere un'azione, non può generare che soltanto un'eccezione; lo abbiamo superiormente avvertito, ed ora giova ripeterlo.

Per acquistare mediante la prescrizione è necessario un possesso legittimo (art. 2106). Come è detto nell'art. 686, il possesso è legittimo quando sia continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco e con animo di tener la cosa come propria. Il titolo di erede riguardo al possesso di beni ereditari è abile alla prescrizione. Questo titolo attribuisce un diritto di proprietà, e non è rispetto al possesso dei beni stessi un titolo precario, e molto meno un titolo in origine vizioso; epperò se si oppone alla prescrizione delle porzioni dei coeredi fino a che le medesime sono possedute in comune, diventa quel titolo abile a prescrivere quando se ne possieda separatamente una parte, od anche la totalità, senza che osti l'articolo 2118, il quale vieta bensì il possesso *contro* il pro-

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 1581; Paris, 1892.

prio titolo, non già quello *oltre* il titolo stesso (1). L'articolo 2229 del Codice francese determina quali sono i requisiti dal cui concorso risulta la legittimità del possesso. Ecco perchè gli espositori di quel Codice, sulle orme del legislatore, quando svolgono la teoria della prescrizione, parlano delle diverse condizioni del possesso legittimo. Ma il Codice italiano ha consacrato un titolo speciale allo stabilimento della teoria del possesso; ed è appunto sotto questo titolo che è collocato l'articolo 686, da noi precedentemente richiamato. In propria sede abbiamo parlato separatamente di ciascuna delle condizioni volute imperiosamente dal Codice per la legittimità del possesso. In tema di prescrizione non abbiamo il dovere di ripetere le nozioni altrove svolte.

Non si può rinunziare alla prescrizione, se non quando essa è già compiuta (art. 2107). Bartolo arreca due ragioni di questo principio. La prima, che la prescrizione è stata introdotta *propter bonum publicum*, *ergo per pactum remitti non potest* (Ad L. 58, D. *de legatis*, I). La seconda, che la prescrizione è stabilita *odio negligentiae*, *non favore praescribentis*; quindi la legge non potrebbe sancire delle convenzioni che favorissero l'oblio dei doveri che incombono al diligente padre di famiglia (Ad L. 1, D. *de usurp. et usucap.*).

Sotto l'impero del Diritto intermedio insegnava il Freccia, che *pactum quod debitum petatur non obstante praescriptione valet.* « Potest fieri per pactum totiens debitum deberi, quotiens fuerit praescriptum, quia quod non potest fieri per viam renunciationis, poterit fieri per viam repetitae obligationis, secundum Baldum; cum defectus unius sit origo alterius, ut dicit idem Baldus. Multi tenent contrarium in hac quaestione, quia fraus fieret legi, vel statuto, quae verbis et pactionibus palliari non potest (2). » Sotto l'impero del Diritto moderno, con tutto il rispetto dovuto all'autorità di Baldo, la sua opinione non deve esser posta neanche in discussione dall'espositore del Codice. Basta enunciarla, per

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza del 1.° agosto 1879; nel *Giornale delle leggi*, anno X, num. 44.

(2) V. Freccia (Marino), *Tractatus de praesentatione instrumentorum ad ritum Magnae Curiae Vicariae*, Pars X, Quaest. II; Venetiis, 1590.

conchiudere subito alla reiezione della medesima. — Non si può anticipatamente rinunziare al diritto di prevalersi della prescrizione; e vuolsi ritenere ancora destituito di efficacia il patto col quale siasi convenuto che la prescrizione si compirà in un tempo più lungo di quello stabilito dalla legge. E, veramente, interdirsi il diritto di invocare la prescrizione prima che siano scorsi, ad esempio, quaranta anni, quando la legge fissa ad un trentennio il tempo della prescrizione, è lo stesso che rinunziare parzialmente al benefizio di una prescrizione futura. Ora, la legge proibisce qualunque specie di anticipata rinunzia, poichè nel Codice non si trova a tal riguardo nessuna distinzione. D'altra parte, si ravvisa agevolmente che la validità di una simile rinunzia trarrebbe seco la violazione della regola stabilita dal Codice. Si potrebbe convenire che la prescrizione non avrebbe luogo se non dopo cento, dopo mille anni; ciò che equivarrebbe a togliere del tutto la efficacia alla prescrizione medesima (1). La convenzione deve ritenersi invalida, e quando è fatta *contra legem,* e quando è fatta *in fraudem legis*. La scuola è concorde sull'applicazione di questo principio in tema di rinunzia anticipata alla prescrizione.

Chi non può alienare, non può rinunziare alla prescrizione (art. 2108). Il giureconsulto Paolo ha detto: « Alienationis verbum etiam usucapionem continet. » (L. 28, D. *de verb. signif.*). La rinunzia ad una prescrizione compiuta contiene l'abbandono di un diritto, posto a disposizione del prescrivente. Egli è perciò che la facoltà di rinunziare ad una prescrizione acquistata poteva concedersi solo a coloro che han potere di alienare. Quindi il minore, sia o non emancipato, l'interdetto, ed in generale gl'incapaci non possono rinunziare alla prescrizione.

Il giudice non può supplire d'uffizio alla prescrizione non opposta (art. 2109). Tale è pure la disposizione dell'art. 2223 del Codice Napoleone. Il Troplong, dopo lungo ragionamento, dichiara che essa si spiega sotto l'impero del Diritto romano, quando vi era un antagonismo tra il *Diritto civile* e il *Diritto pretorio;* ma è inesplicabile sotto l'impero del Diritto

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 1587; Paris, 1892.

moderno (1). Invece il Marcadé, e noi non dubitiamo di accettare la sua dottrina, sostiene che, anche sotto l'impero del Diritto moderno, questa disposizione ha la sua ragione di esistenza. Questa ragione si rinviene nei principî di morale e di equità, che han presieduto alla compilazione del Diritto moderno: questi principî consigliarono al legislatore la proibizione pel giudice di ammettere di ufficio la prescrizione non opposta dalla parte che avrebbe interesse d'invocarla. Vi sono alcuni che: « malvagi in fondo, non amano tuttavia di comparir tali; che, in mancanza del timor di Dio, sentono sovente il timore degli uomini, il rispetto umano; e non sarà spesse volte che, in virtù di questo salutare timore dell' opinione pubblica, il litigante di malafede, il quale in cuor suo vorrebbe far valere la prescrizione, non oserà frattanto muoverne parola? Ora, di questo rispetto umano, di questa coscienza di coloro che non han coscienza, è dovere del legislatore trar partito; fare applicare la prescrizione di ufficio a loro pro, sarebbe un aderire ai loro voti, offrendo il facile mezzo di ottenere il benefizio di mala fede, senza neanche avere il coraggio di domandarlo (2). »

Si dice da parecchi espositori del Diritto moderno, che colui il quale paga un debito prescritto assolve un'obbligazione naturale. Ma questa dottrina non si può accettare. Il Codice dichiara nell'articolo 1236, che le obbligazioni si estinguono colla prescrizione; lo stesso Codice nell'articolo 2105 statuisce che la prescrizione è un mezzo di liberazione dai vincoli dell'obbligazione. Ma allora soltanto l'obbligazione è estinta, allora soltanto il *vinculum juris* è sciolto, quando si avverano le condizioni il cui concorso è necessario per la efficacia della prescrizione. Ora il Codice dispone espressamente nell'articolo 2109, che il giudice non può supplire d'uffizio alla prescrizione non opposta; vale a dire, quegli che vuole giovarsi della prescrizione deve opporla. Quando essa non è opposta, vuol dire che vi si è rinunziato. Allora non esiste prescrizione, non si può parlare di debito prescritto. Il debitore che paga il debito adempie allora un'obbligazione civile.

---

(1) V. Troplong, *Prescription*, num. 86.

(2) V. Marcadé, *Explication du Code civil*, sull'art. 2223 del Codice francese.

Come bene osserva il Larombière: « Ce n'est pas une simple obligation naturelle qui est acquittée; c'est une dette civile; c'est la dette primitive, dans toute sa force, dans toute son identité. » Il debito ha il suo principio nell'atto stesso che l'ha creato; e malamente se ne cerca un altro nel Diritto naturale, quando il Diritto civile costituisce il suo fondamento. In brevi parole, semprechè il debitore non ha opposta la prescrizione, è restato nei legami di una obbligazione, il cui carattere puramente civile non ha subìta nessuna alterazione (1).

La prescrizione si può opporre anche in appello, se chi aveva diritto di opporla non vi ha rinunziato (art. 2110). Ciò è proprio dei mezzi di difesa perentorî, che possono essere opposti anche in appello, quando in prima istanza siasi serbato silenzio intorno ai medesimi. « Praescriptio longi temporis est exceptio peremptoria, ideoque non est necesse eam opponi statim initio, quia satis est, ut quandocumque contestetur. » Così il Cuiacio. Il principio che la prescrizione si può opporre anche in appello, se chi aveva diritto di opporla non vi ha rinunziato, si applica non solo alle prescrizioni di trenta e di dieci anni, ma eziandio alle prescrizioni più brevi. La Corte di Nancy applicava recentemente questo principio, trattandosi della breve prescrizione delle azioni degli operai e giornalieri, per il pagamento dei salari e delle giornate di lavoro (2).

La rinunzia alla prescrizione è espressa o tacita: la rinunzia tacita risulta da un fatto, il quale sia incompatibile colla volontà di valersi della prescrizione (art. 2111). Si dovrebbe ravvisare una rinunzia tacita nel fatto del debitore che domanda un termine al pagamento; che paga parzialmente il debito *(minima agnitione debiti tollitur praescriptio)*. Nell'articolo 2359 del Codice Albertino era statuito: « La prescrizione si può opporre in qualunque stato della causa, ed anche nei giudizii di appellazione, eccettochè vi sia stata una rinunzia espressa o tacita di chi aveva diritto di opporla. » Quando fu discusso il Progetto di quel Codice, nel seno del

(1) V. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, Vol. VII, sull'art. 1376, num. 22; Paris, 1885.

(2) Corte di appello di Nancy; arresto dei 13 febbraio 1895; V. Dalloz, *Recueil périodique*, anno 1895, parte II, pag. 383.

Consiglio di Stato, uno dei componenti del medesimo propose, che il Codice non avesse fatto menzione della rinunzia *espressa*, « non essendovi dubbio che la prescrizione non può essere opposta da chi vi ha rinunziato espressamente. » La proposta non fu accolta per queste considerazioni che fece il Guardasigilli: « Il far menzione soltanto della rinunzia *tacita* potrebbe dar luogo a contestazioni. Il convenuto potrebbe, per esempio, aver detto nella causa che egli sarebbe pronto a pagare se fosse debitore, ma sostenere ad un tempo che il debito non esisteva o fu pagato; sorgerebbe allora il dubbio se possa ciò considerarsi come una rinunzia alla prescrizione (1). » Abbiamo stimato opportuno di richiamare la discussione che ebbe luogo quando fu compilato il Codice sardo, allo scopo di assegnar la ragione per cui, nell'art. 2111 del nostro Codice, allo stesso modo che nell'articolo 2359 del Codice sardo, si accenna non solo alla rinunzia tacita alla prescrizione, ma eziandio alla rinunzia espressa.

I creditori, o qualunque altra persona interessata a far valere la prescrizione, possono opporla, non ostante che il debitore o proprietario vi rinunzi (art. 2112). La prescrizione compiuta costituisce un vantaggio certo di cui il debitore non può spogliarsi in pregiudizio dei suoi creditori o di coloro che sono interessati a farla valere: essi possono opporla *etiam invito reo*, come diceva il giureconsulto Marciano (L. 19, D. *de exceptionibus*). I creditori sono ammessi ad opporre la prescrizione, non ostante che il debitore o proprietario vi rinunzi; e sono ammessi ad opporla, senza essere tenuti a provare la *frode* del debitore o del proprietario rinunziante. Basta che dimostrino il pregiudizio che per essi promana dalla rinunzia. L'ordinamento della legge a questo riguardo è conforme ai dettami della giustizia. Si tratta di un debitore *au-dessous de ses affaires*, come dice il Baudry-Lacantinerie. Se egli avesse i mezzi per pagare tutti i suoi creditori, nessuno avrebbe il diritto di reclamare contro la sua rinunzia. Ma questo debitore deve forse avere la facoltà di aggravare la condizione dei suoi creditori rinunziando al beneficio di una prescrizione acquistata? Il debitore dirà, a sua giustificazione, che trattasi di un debito di coscienza, che in definitiva

(1) V. *Motivi dei Codici per gli Stati Sardi*, Vol. II, pag. 734; Genova, 1856.

egli non fa altro che dare a Cesare ciò che appartiene a Cesare. I suoi creditori gli risponderanno: « Benissimo, se voi aveste i mezzi per fare onore alle vostre obbligazioni; ma in sostanza voi pagate a nostre spese un debito di coscienza; ciò che vale lo stesso che far la elemosina col danaro altrui. Il diritto di colui a favore del quale avete rinunziato alla prescrizione è per lo meno dubbio; in ogni caso, la sua inazione per tutta la durata, ordinariamente lunghissima, del termine della prescrizione, lo rende poco simpatico; imperciocchè egli ha dato prova di una estrema negligenza; è un concorrente che noi abbiamo tutto il diritto di allontanare. » Del resto l'ordinamento della legge non è tale che possa turbare la coscienza del debitore. Ha questo debitore rinunziato per conto suo alla prescrizione? La sua coscienza è soddisfatta; nessuno gli potrà rimproverare di essere un uomo disonesto (1). Gli scrupoli della sua coscienza sono rispettati, pur rispettandosi il diritto dei creditori. È questo il sistema della legge, che l'interprete ha il dovere di applaudire. Il Codice, nell'articolo 2112, dà facoltà di opporre la prescrizione, non ostante la rinunzia del debitore o proprietario, non solo ai creditori, ma eziandio a *qualunque altra persona interessata*. Altre persone, diverse dai creditori, possono avere dei diritti sul patrimonio del rinunziante, diritti che possono essere vulnerati in conseguenza della rinunzia ad una prescrizione compiuta. Così, il fideiussore, se il debitore principale abbia rinunziato alla prescrizione, può invocarla, ma nei soli rapporti tra esso fideiussore e il creditore, allo scopo di far dichiarare estinta l'obbligazione da lui assunta di fronte a quest'ultimo. Il terzo possessore dell'immobile ipotecato può invocare la prescrizione, quantunque il debitore vi abbia rinunziato, allo scopo di far dichiarare estinta l'ipoteca imposta sul fondo di cui si trova in possesso. Il Ricci aggiunge questo esempio: il creditore che ha iscritto un'ipoteca sul fondo, non di proprietà del debitore, ma che esso acquisti in sèguito in forza di prescrizione, può invocare questa, non ostante la emessa rinunzia, ed allo scopo di far ritenere efficace l'ipoteca da lui iscritta (2). Ma non tutti consentiran-

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Vol. III, numero 1597; Paris, 1892.

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. V, numero 160.

no ad ammettere in questo caso il diritto del creditore ad opporre la prescrizione. Al tempo della concessione e della iscrizione della ipoteca vi era la capacità oggettiva da parte del debitore? Ritenuta la inefficacia della ipoteca, può farsi valere un diritto in qualità di creditore ipotecario? Dobbiamo quindi conchiudere che la teoria del Ricci non potrà raccogliere il concorde suffragio degli scrittori, tenuto conto delle considerazioni che precedono, considerazioni le quali rispondono alla teoria propugnata dallo stesso Ricci, nello svolgimento del sistema ipotecario.

La prescrizione non ha luogo riguardo alle cose che non sono in commercio (art. 2113). La prescrizione è un modo di acquistare la proprietà e gli altri diritti sulle cose (articolo 710). Ora, non si possono acquistare se non le cose che sono in commercio. Il Codice, nell'art. 2113, non fa che applicare un principio generale di diritto. Può l'inalienabilità, e quindi l'imprescrittibilità di un fondo di demanio pubblico dello Stato ritenersi cessata pel solo fatto della destinazione cessata o cangiata di esso fondo? Sì, decideva la Cassazione di Torino; sorgendo l'imprescrittibilità di tali beni dal fatto della destinazione di essi all'uso od utile di tutti, senza che nessuno, neppure lo Stato, vi abbia un vero diritto di dominio, cessando tale destinazione, deve necessariamente cessare tale effetto, senza che rilevi la circostanza dell'essere la destinazione stessa venuta meno per dichiarazione espressa dello Stato od in linea di semplice fatto; mentre tutto il sistema legislativo è in gran parte dominato dalla regola *eadem est vis taciti ac expressi* (1). Decideva lo stesso Supremo Collegio, che il suolo di una strada (nella specie strada comunale), finchè conserva il carattere e la destinazione di via pubblica, non può formare oggetto di proprietà da parte di privati cittadini, nè a fondare tale diritto giova il possesso immemoriale. Il divieto stabilito nell'articolo 2113 del Codice civile essendo assoluto, deve applicarsi anche a pretesi diritti fondati su legislazioni anteriori. « L'articolo 2113 del Codice civile dichiara espressamente non essere soggette alla prescrizione le cose che non sono in commercio, e gli articoli 430 e 435 del Codice stesso mettono fuori di commercio, proclamandone l'inalienabilità,

---

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 18 giugno 1881; nel *Giornale delle leggi*, anno XII, num. 43.

e sottraendoli quindi a tutte le regole di diritto privato che governano le cose suscettibili di proprietà, i beni d'uso pubblico, che appartengano allo Stato, alle Provincie od ai Comuni, salvo soltanto, per ciò che riguarda la destinazione, il modo e le condizioni dell' uso pubblico, quanto è prescritto dalle leggi speciali. In relazione a ciò l' articolo 65 della Legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865 (conforme all' articolo 51 della Legge 20 novembre 1859) stabilisce, che nelle traverse degli abitati il suolo delle strade non può sotto verun pretesto venire ingombrato nè di giorno nè di notte, salve temporanee occupazioni per esercizio di commercio od altro uso a comodo pubblico, dietro il permesso dell'autorità competente, e l'articolo 67 del regolamento 8 giugno 1865 attribuisce alle autorità comunali la facoltà di determinare gli spazi per le fiere, pei mercati e pei luoghi pubblici, purchè senza pregiudizio dei diritti delle proprietà circostanti. Di fronte alle premesse disposizioni, le quali non fanno che sanzionare principî propri di tutte le legislazioni civili, non può essere dubbio che fintanto il suolo di una strada conserva il carattere e la destinazione di via pubblica, nessun diritto può su di esso acquistarsi dal privato cittadino che abbia per effetto di menomare comechessia la proprietà pubblica, di arrecare una limitazione dell'uso generale e comune cui essa è consacrata; perchè nel concetto dell'inalienabilità si racchiude il divieto di trasferire in altri non soltanto la proprietà piena di una parte qualunque della cosa pubblica, ma ogni altro diritto che sotto qualsivoglia denominazione sia un attributo della proprietà, e, passando in altri, restringa o modifichi il concetto del pubblico dominio. Qualunque concessione dell'autorità competente, relativamente all'uso e godimento della cosa pubblica, è di sua natura temporanea e revocabile. Una concessione permanente, equivalendo ad alienazione, non sarebbe nemmeno nei poteri dello Stato, della Provincia o del Comune, i quali non sono che depositari ed amministratori della cosa pubblica nell'interesse generale del corpo sociale. Di conseguenza gli atti di possesso che dall'uno o dall'altro dei cittadini o comunisti fossero esercitati sopra la cosa pubblica, per quanto lunga ne fosse la durata, dovrebbero sempre ascriversi a mera tolleranza dell'amministrazione pubblica, nella quale pertanto non sarebbe mai venuto meno il diritto, e, secondo le circostanze, anche il do-

vere di farli cessare. « Praescriptio temporis juri publico non debet obsistere, sed ne rescripta quidem. » (L. 6, Cod. *de operibus publicis*) (1). » Abbiamo stimato opportuno di riferire nella sua interezza il ragionamento della Cassazione di Torino, tenuto conto della importanza, nel campo della vita pratica, del principio, d'altra parte ineluttabile, cui il medesimo serve di dimostrazione. Attesta la esperienza che nei piccoli Comuni non sono rare le occupazioni da parte dei privati di porzioni del suolo pubblico. Ben è vero che nel seno dello stesso Comune vi è l'autorità preposta alla custodia dei diritti che competono a tutti. Ma questa *gente*, come direbbe Dante, reputata *tra esso degna di più alti scanni*, molte volte è avvinta con legami di parentela con coloro che commettono le usurpazioni sul suolo comunale, e quindi tali usurpazioni perdurano per un tempo più o meno lungo. È quindi opportuno affermare solennemente il principio, che il possesso anche immemoriale è orbato di qualunque efficacia giuridica, sempreché ha per oggetto cose che sono *extra commercium*, come appunto sono le vie pubbliche, siano dello Stato, siano delle Province o dei Comuni. Il precetto della legge, sancito nell'articolo 2113, è redatto in termini così chiari che nessun dubbio può sorgere nella sua interpretazione.

Lo Stato pei suoi beni patrimoniali e tutti i corpi morali sono soggetti alla prescrizione e possono opporla come i privati (articolo 2114). L'importanza di questa disposizione si rivela quando si ha riguardo alle regole dell'antico Diritto, che dichiaravano imprescrittibile il patrimonio della Corona, in cui allora incentravasi lo Stato, e stabilivano che non poteva ammettersi contro gl'istituti religiosi se non una prescrizione di quaranta o di cento anni (prescrizione centenaria riservata colla Novella 131 alla sola Chiesa Romana, ma estesa da Urbano VIII nel 1641 a tutti i corpi ecclesiastici). Per quanto si attiene al Diritto romano dell'epoca imperiale, il Molitor, colla sua abituale precisione, ha enumerati i diversi casi nei quali, in virtù delle Costituzioni degli imp. Anastasio, Giustino e Giustiniano, stabilivasi per l'avveramento della prescrizione un termine che eccedeva il trentennio (2). Sotto l'impero del Diritto intermedio, come ab-

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 27 febbraio 1878; nel *Foro italiano*, anno 1878, parte I, pag. 1260.

(2) V. Molitor, *Les obligations en Droit romain avec l'indication*

biamo dianzi avvertito, nell' interesse della Chiesa e degli enti ecclesiastici in generale, fu riconosciuto un sistema speciale, dissonante da quello che si ammetteva in rapporto alle altre persone giuridiche. Come è detto in una decisione della Ruota romana: « Contra Ecclesiam Romanam hodie ex constitutione Urbani VIII solum admittitur centenaria praescriptio et immemorabilis (1). » Il Laurent ricorda, che l'Ordine di Malta (*un ordre plus ambitieux que tous les autres*) pretendeva che non era soggetto a nessuna prescrizione; senza dubbio, soggiunge il Laurent, perchè esso « était voué à une guerre éternelle contre les infidéles (2). »

II.

Delle cause che impediscono o sospendono la prescrizione.

Nel sistema della legge la voce *impedimento*, in tema di prescrizione, ha un duplice significato. In un largo significato si dicono *impedimenti* le cause che formano un ostacolo così all'inizio come al corso della prescrizione. In un significato ristretto sono *cause di impedimento* quelle che formano un ostacolo all'*inizio* della prescrizione, ad esempio la precarietà del possesso; sono *cause di sospensione* quelle che formano un ostacolo al *corso* della prescrizione (*praescriptio quiescit, dormit*). Ciò premesso, le cause che impediscono o sospendono la prescrizione si fondano sopra una di queste quattro ragioni: 1.° Precarietà del possesso; 2.° Rapporti personali fra il debitore o possessore e il creditore o proprietario; 3.° Guarentigia legale nell'interesse di alcune persone; 4.° Impossibilità di agire.

A) *Precarietà del possesso.* — Per acquistare mediante la prescrizione è necessario un possesso legittimo (art. 2106).

---

des rapports entre la législation romaine et le Droit français, Vol. II, num. 1089; Paris, 1867.

(1) V. *Sacrae Rotae Romanae Decisiones recentiores in compendium redactae,* Vol. III, verb. *Praescriptio contra Ecclesiam*; Mediolani, 1731.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXXII, num. 13.

Perchè il possesso si consideri legittimo, si richiede tra l'altro, che sia *con animo di tener la cosa come propria*. L'articolo 2115 è un corollario di questo principio. Esso stabilisce, che non possono prescrivere a proprio favore quelli che possedono in nome altrui e i loro successori a titolo universale. Sono possessori in nome altrui il conduttore, il depositario, l' usufruttuario e generalmente coloro che ritengono precariamente la cosa. I successori universali, come dicevano i Dottori, succedono *in vitia et virtutes* del loro autore. « Heredem coloni, *quamvis colonus non sit*, nihilominus domino possidere existimo. » Così Labeone (L. 60, § 1, D. *loc. cond.*).

Le persone indicate nel precedente articolo possono tuttavia prescrivere, se il titolo del loro possesso si trova mutato o per causa provegnente da un terzo, o in forza delle opposizioni da loro fatte contro il diritto del proprietario (articolo 2116). Possono prescrivere quelli ai quali i conduttori, depositari ed altri possessori a titolo precario hanno ceduto la cosa a titolo di proprietà (art. 2117). Questi due articoli ci additano le tre cause di mutazione od *inversione* del possesso; le tre cause, cioè, mediante le quali un possesso *precario* si converte in *possesso con animo di tener la cosa come propria*.

Noi ci arresteremo distintamente su ciascuna delle tre cause di inversione del possesso, riconosciute in termini espressi dal Codice. Ma, prima d'ogni altro, giova richiamare una massima accolta dal Supremo Collegio di Palermo, massima che deve ritenersi esattissima. Le intestazioni catastali, e le successive volture ai nomi degli eredi di colui che fece intestare l'immobile nel suo nome, e le denunzie di successione non valgono a stabilire l' inversione di titolo del possesso originario. « Se coteste operazioni valessero alla inversione del possesso, ognuno, libero ad attuarle, attuandole, potrebbe cangiare riguardo a sè medesimo la causa ed il principio del suo possesso, contro il divieto esplicito dell'art. 2118 del Codice civile (1). »

La prima causa di mutazione del possesso è un possesso novello, incominciato all'ombra di un titolo provegnente da un terzo. La legge richiede la presenza di un terzo, perchè

(1) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 17 agosto 1886; nella *Legge*, anno XXVII, Vol. I, pag. 36.

niuno può cangiare a sè stesso la causa del suo possesso; è mestieri che questa specie di rivoluzione, la quale trasforma il possesso, derivi da una causa estrinseca, *extrinsecus accedente causa*, come dicevano gl'imperatori Diocleziano e Massimiano (L. 5, Cod. *de acq. possess.*).

La seconda causa che fa sparire il vizio del precario, che rende il possessore abile a prescrivere, è l'opposizione da lui fatta contro il diritto del proprietario. Questa contraddizione mette il proprietario in mora di spiegarsi, di agire, di far cessare l'opposizione: e, se resta nell'inazione, si suppone che ha voluto abbandonare il suo diritto. Ma, quando il Codice parla di *opposizioni* contro il diritto del proprietario, non accenna ad una semplice astensione: vuole un rifiuto positivo, un disconoscimento del diritto contro del quale si prescrive (1).

La terza causa di mutazione del possesso ha luogo, quando il possessore precario aliena questa cosa, la fa passare in altre mani e costituisce in favore di un terzo un diritto di proprietà che non ha egli stesso. È qui che si mostra la grande differenza tra i successori a titolo universale ed i successori a titolo particolare. I primi continuano il possesso del loro autore; i secondi incominciano un novello possesso: *de auctoris dolo exceptio emptori non objicitur* (L. 4, § 27, D. *de doli mali et metus exceptione*). Ma il titolo traslativo di proprietà deve essere serio e sincero. Ove fosse una simulazione concertata per ingannare il vero proprietario, non dovrebbe farsi del medesimo alcun conto, dovrebbe decidersi ragionevolmente, diremo col Troplong, che il possesso continua ad essere precario. Quando fu discusso il Codice sardo, nel seno del Senato di Savoia, fu osservato che la legge non doveva proclamare solennemente il principio, che possono prescrivere coloro ai quali i conduttori, depositari ed altri possessori a titolo precario hanno ceduto la cosa a titolo di proprietà.

(1) « Non enim a simplici abnutivo inchoari potest praescriptio, sed ita demum si *interpellanti* locatori domino colonus *solutionem denegaverit*, atque ita se in possessionem quasi libertatis asseruerit, et dominus acquieverit. Haec enim sola ratio est asserendae libertatis in juribus negativis ac per hoc inchoandae praescriptionis, si praeter non solutionem, etiam factum coloni proclamantis ad libertatem accesserit. » Così il d'Argentré; cit. da Troplong, *Prescription*, num. 513.

« Eriger en loi cette décision c'est déclarer en quelque sorte, pour les gens de mauvaise foi, qu'il est très-licite à un fermier de depouiller le propriétaire au nom duquel il possède, qu'il est bien permis à un depositaire de violer un dépôt qui lui est confié (1). » Ma la maggioranza del Senato ritenne, che si dovesse mantenere la disposizione; e questo avviso fu seguìto nella compilazione definitiva del Codice Albertino. Fondamento della prescrizione è il possesso legittimo; e tra le condizioni del possesso legittimo non vi è la buona fede. L'osserveremo di proposito allorchè determineremo le condizioni cui è subordinato, nel sistema del Diritto moderno, l'avveramento della prescrizione trentennale. È questa la regola generale. Le norme che il Codice stabilisce in rapporto alla prescrizione decennale, nella quale è richiesta la buona fede (da parte dell' acquirente) sono speciali a tale prescrizione. Le ragioni che giustificano l' ordinamento della prescrizione, considerata come un modo di acquisto della proprietà, spiegano benissimo la disposizione contenuta nell'articolo 2374 del Codice sardo e nell'articolo 2117 del Codice italiano.

Nessuno può prescrivere contro il proprio titolo in questo senso, che nessuno può cangiare, riguardo a sè medesimo, la causa ed il principio del suo possesso (art. 2118). *Nemo sibi causam possessionis mutare potest.* Finchè il possessore non dimostri essersi avverata una mutazione legale, il titolo primigenio costituisce il criterio che deve servire a qualificare il suo possesso. Abbiamo in propria sede avvertito, che il principio, *nessuno può prescrivere contro il proprio titolo*, non importa questa conseguenza, che per la prescrizione a favore del coerede o del consorte (in tema di comunione) sia necessaria la inversione del possesso. Il coerede ed il consorte che godono esclusivamente i beni ereditari o la singola cosa che forma oggetto del condominio, non prescrivono *contro* il titolo, prescrivono *oltre* il titolo. Ed il Codice non stabilisce la massima, che non si possa prescrivere *oltre* il proprio titolo. Abbiamo, esaminando l'art. 2106, richiamata una sentenza della Cassazione di Torino, che prestava ossequio a tale dottrina. Ora vogliamo richiamare una sentenza

(1) V. *Motivi dei Codici per gli Stati Sardi*, Vol. II, pag. 736; Genova, 1856.

recentissima della Cassazione napoletana. Decideva in proposito il Supremo Collegio di Napoli, che è dato al coerede di opporre la prescrizione trentennale contro l'azione di divisione dell'eredità posseduta da sè solo per detto periodo di tempo, malgrado non abbia mutato il titolo primitivo del suo possesso. « La mutazione del titolo è necessaria, quando il primitivo non fosse valido a prescrivere, come nel caso del possessore precario, che non può prescrivere se non sia mutato il titolo del suo possesso. Ma il coerede, che da proprietario possedeva, prima che cessasse di fatto la comunione, quando comincia a possedere per sè solo, ha per sè il titolo medesimo da erede ben valido a prescrivere, con la sola differenza che prima possedeva nell'interesse comune e poi per sè esclusivamente; conseguentemente di fronte a lui non si rende applicabile l'articolo 2118, il quale prescrive, che nessuno possa cambiare riguardo a sè medesimo la causa ed il principio del suo possesso, e che però nessuno possa prescrivere contro il proprio titolo (1). » Si è superiormente avvertito, che questa dottrina deve applicarsi anche in rapporto ai consorti in tema di comunione. Una sentenza della Cassazione di Torino rispondeva egregiamente alle argomentazioni dirette ad oppugnare tale applicazione. Invocavasi l'articolo 2118 del Codice, per dedurne la necessità dell'inversione del possesso. Osservò benissimo la Corte: « Il ragionamento non è logico. La legge richiede la prova dell'inversione del titolo, quando il possesso che si allega sia di sua natura precario, come quello del conduttore, del depositario, dell'usufruttuario. Ma se il possesso del condomino fosse dalla legge considerato precario, gli è evidente che l'articolo 985 del Codice o non avrebbe parlato di prescrizione, o, ammettendola, avrebbe apposto la condizione, che fosse provata l'inversione del titolo. Ciò non fece la legge, e la ragione evidentissima si è, che il condomino, che prescrive, non possiede già in nome altrui, ma in nome proprio, onde al suo possesso non può essere opposto il vizio di precarietà. Sarà invece da vedersi se il possesso presenti tutti gli altri estremi necessari per la prescrizione, e soprattutto se non sia equivoco; ma sarà sempre una questione di prova; epperò quando la sentenza del giudice di

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 10 giugno 1895; V. *Dritto e giurisprudenza*, anno XI, num. 13 (28 settembre 1895),

merito assicura, che dai predetti documenti risulta un possesso continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, *non equivoco,* ed a titolo di proprietà, per quasi ottant'anni dei beni pretesi comuni, essa viene con ciò stesso ad affermare il concorso di tutti gli estremi dalla legge richiesti, con un giudizio di fatto che è insindacabile in cassazione (1). »

Ciascuno può prescrivere contro il proprio titolo in questo senso, che si può colla prescrizione conseguire la liberazione dall'obbligazione (cap. dell'art. 2118). Così un compratore può, mediante la prescrizione, liberarsi dal pagamento del prezzo; sebbene questo prezzo sia stato stipulato nel titolo medesimo, in virtù del quale egli si trova nel godimento della cosa.

B) *Rapporti personali.* — Niuna prescrizione corre: fra coniugi; fra la persona a cui spetta la patria podestà e quella che vi è sottoposta; fra il minore o l'interdetto e il suo tutore, fino a che non sia cessata la tutela, e ne sia reso definitivamente ed approvato il conto; fra il minore emancipato, il maggiore inabilitato e il curatore; fra l'erede e l'eredità accettata col benefizio dell'inventario; fra le persone che per legge sono sottoposte all'amministrazione altrui e quelle a cui l'amministrazione è commessa (art. 2119). Forse non sarà inutile qualche considerazione circa il precetto della legge che dichiara non correre nessuna prescrizione *fra coniugi.* Questa disposizione, che si trova pure nel Codice francese e nei Codici che preesistevano in Italia, è fondata sopra una ragione di ordine morale e sociale insieme: la necessità di assicurare la pace nel seno delle famiglie. Se ai coniugi si dovessero applicare le norme del gius comune in tema di prescrizione, uno di essi si vedrebbe costretto a promuovere, durante il matrimonio, un'azione contro l'altro, allo scopo di evitare gli effetti di una prescrizione che si è iniziata a favore di costui. Collo sperimento di tale azione, come ben dice il Baudry-Lacantinerie, *la paix conjugale en eut été inévitablement troublée* (2). Determinato il fondamento razionale della disposizione della legge, dobbiamo soggiungere che la

(1) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 24 aprile 1883; nel *Foro italiano,* anno 1883, parte I, pag. 471.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, num. 1666; Paris, 1892.

medesima deve applicarsi anche nel caso di separazione personale. L'istituto della separazione personale, a differenza di quello del divorzio, non infrange i legami del matrimonio. Anche pronunziata od omologata la separazione non viene meno la qualità personale che il Codice prevede, quando ne forma una causa di impedimento della prescrizione.

C) *Guarentigia legale nell'interesse di alcune persone.* — Le prescrizioni non corrono: contro i minori non emancipati e gli interdetti per infermità di mente, nè contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra, ancorchè non assenti dal regno; riguardo al fondo dotale proprio della moglie, ed al fondo specialmente ipotecato per la dote e per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali, durante il matrimonio (art. 2120). Non ci sembra degno di plauso il sistema del Codice, che sospende la prescrizione *contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra, ancorchè non assenti dal regno.* Tale sistema poteva giustificarsi in altri tempi, quando le guerre duravano lungamente. Senza rimontare alla guerra troiana, si può ricordare quella dei trent' anni che desolò l' Europa. Ma oggi, perfezionati i mezzi di distruzione, rese facili le comunicazioni, le guerre hanno brevissima durata. Oggi si è sciolto il problema di sacrificare in pochi giorni non mille, non diecimila, ma cento e duecentomila soldati. Se questo fatto non ammette discussione, come può ragionevolmente spiegarsi la disposizione del Codice italiano? Il servizio attivo in tempo di guerra non dura, secondo l'esperienza ci attesta, che appena pochi mesi: nelle guerre della indipendenza italiana non ha mai raggiunto l'anno. Non valea quindi la pena intralciare per così poco il corso delle prescrizioni.

D) *Impossibilità di agire.* — Le prescrizioni non corrono riguardo ai diritti condizionali sino a che la condizione non siasi verificata; riguardo alle azioni in garantìa, sino a che non abbia avuto luogo la evizione; riguardo ad ogni altra azione, il cui esercizio è sospeso da un termine, fino a che il termine non sia scaduto (art. 2120). La stessa disposizione si legge nel Diritto romano. « Illud autem plus quam manifestum est, quod in omnibus contractibus, in quibus *sub aliqua conditione vel sub die certa vel incerta*, stipulationes et promissiones vel pacta ponuntur; post conditionis exitum, vel post institutae diei certae vel incertae lapsum, praescriptiones triginta vel quadraginta annorum, quae personalibus

vel hypothecariis actionibus opponuntur, *initium accipiunt.*» (L. 7, § 4, Cod. *de praescriptione XXX vel XL annorum*). In questa disposizione si trova un'applicazione della massima: *contra non valentem agere non currit praescriptio.* Il senso di questa massima, che bisogna guardarsi dall' interpretare troppo genericamente, è il seguente: la prescrizione non corre contro colui che per qualche impedimento legale si trova nella impossibilità assoluta di esercitare il suo diritto. In altre parole, la massima dianzi enunciata si applica quando l'impossibilità di agire deriva da un ostacolo legale, non quando deriva da circostanze di fatto (1).

Nel corso del nostro lavoro più volte abbiamo richiamata la teoria esattissima che prevale nella giurisprudenza italiana, circa la intelligenza che deve darsi al principio: *temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum.* Questo principio deve applicarsi sol quando si tratta di vere e proprie eccezioni, di mezzi di difesa che non si possono sperimentare prima che la corrispondente azione siasi intentata. Il Giorgi ha osservato, che « la distinzione tra le azioni provviste e quelle sprovviste d'eccezione, se ha valore storico, è affatto fuor d'uso nei Codici moderni, dove chi gode un diritto può sempre rivolgersi ai tribunali per ottenerne la reintegrazione o il mantenimento. » Ma evidentemente questo concetto è inammissibile, il concetto cioè che la distinzione sopra mentovata abbia soltanto un valore storico. Nei casi decisi dalla giurisprudenza, e che noi in propria sede abbiamo riferiti, si ravvisa spiccatamente la necessità di riconoscere, anche sotto l'impero del Codice, la distinzione medesima. Dei propugnatori della teoria opposta a quella da lui sostenuta, dice il Giorgi che essi sentenziano « a sproposito, » e che hanno perduta « la strada della ragione (2). » Sono giudizi questi abbastanza audaci, espressi con un linguaggio non comune

(1) V. Mornard, *De l'adage* contra non valentem agere non currit praescriptio; nella *Revue générale de droit*, dic. 1885 e genn. 1886. Sull'altra massima, *Toties praescribitur actioni nondum natae quoties nativitas est in potestate creditoris,* si consulti ciò che osserva il Dernburg, *Pandekten,* § 146, *Beginn d. Klagenverjährung;* Berlin, 1894, 4.ª ediz.

(2) V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni,* Vol. VIII, num. 235; Firenze, 1893, 3.ª ediz.

nelle discussioni giuridiche; e debbono poi ritenersi stranissimi, quando sono rivolti a ripudiare una dottrina che è la sola conforme ai principî fondamentali del diritto.

Nella prescrizione di trent'anni non hanno luogo le cause di impedimento enunciate nell'art. 2120, riguardo al terzo possessore di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile (art. 2121). Di tale disposizione si dà ragione con queste parole nella *Relazione ministeriale* del Pisanelli:

« Nel riconoscere le cause, per le quali i vigenti Codici stabiliscono che il corso della prescrizione rimane sospeso, il Progetto ad imitazione del Codice sardo vi fece una eccezione. Essa riguarda la prescrizione trentennaria, nei rapporti del terzo possessore di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile: fu stabilito che le dette cause d'impedimento non hanno luogo riguardo al terzo possessore. Ciò era richiesto dalla necessità di rendere certi i diritti dei terzi, senza che possa esservi giusto motivo di reclamo per parte degli interessati. Se la sospensione ha fondamento nell'età minore della persona interessata, havvi non solo la possibilità, ma tutta la probabilità che il corso della prescrizione sarà interrotto da chi la rappresenta; il risarcimento dei danni, cui sarebbe tenuto il rappresentante nel caso contrario, lo rende direttamente interessato ad impedire il compimento della prescrizione. Qualora poi si tratti di diritti eventuali, od il cui esercizio sia sospeso da condizione o da termine, il Progetto vi provvede adeguatamente; riconoscendo (*art. 2126 del Codice*) che gl'interessati possono procedere in via di dichiarazione del loro diritto, e così interrompere la prescrizione anche nei rapporti dei terzi. »

La sospensione della prescrizione a favore di uno dei creditori in solido non giova agli altri (art. 2122). È questa un'applicazione dei principî generali che governano l'obbligazione solidale.

III.

Delle cause per cui si interrompe la prescrizione.

S'interrompe una prescrizione già iniziata quando sopravviene un ostacolo che rende inutile il tempo decorso, di maniera che, per prescrivere, è necessario cominciare dac-

capo, non tenendosi alcun conto del tempo anteriore alla interruzione. Si computa soltanto il possesso posteriore a questa: *donec tamen nova inchoetur possessio,* dice il Perezio (1). Ed in ciò appunto la *interruzione* della prescrizione differisce dalla *sospensione.* La sospensione lascia sussistere il possesso preesistente e non fa che opporgli una sosta; di guisa che, quando la sospensione cessa, il tempo che ricomincia a decorrere si collega al tempo decorso al momento della sospensione, e conta nel calcolo del termine legale (2).

La prescrizione può essere interrotta *naturalmente* o *civilmente* (art. 2123).

La prescrizione è interrotta *naturalmente*, quando il possessore viene privato per più d'un anno del godimento della cosa (art. 2124)). L'interruzione naturale era detta dai Romani *usurpatio* (L. 2, D. *de usurpationibus et usucapionibus*). Importa poco che il possessore sia privato del possesso dall'antico proprietario o per fatto di un terzo. « Nec eo casu quidquam interest, is qui usurpaverit, dominus sit nec ne; » come notava il giureconsulto Gaio (L. 5, D. *Ibidem*).

La prescrizione è interrotta *civilmente* in forza di una domanda giudiziale, sebbene fatta davanti a giudice incompetente, di un precetto o di un atto di sequestro intimato alla persona a cui si vuole impedire il corso della prescrizione, o di qualunque altro atto che la costituisca in mora d'adempiere l'obbligazione. La chiamata o la presentazione volontaria per la conciliazione interrompe la prescrizione, semprechè la domanda giudiziale sia fatta nel corso di due mesi dalla non comparsa davanti il conciliatore o dalla non seguìta conciliazione (art. 2125). Nel seno della Commissione Coordinatrice si discusse, se la chiamata o la presentazione volontaria per la conciliazione dovesse annoverarsi tra i modi interruttivi della prescrizione. Il Niutta sostenne la negativa, osservando che con un Codice il quale non fa un precetto ai cittadini di tentar prima la conciliazione, non puossi ritenere che la chiamata o la presentazione per la conciliazione bastino ad interrompere la prescrizione. Ma la Commissione adottò l'affermativa, sulle considerazioni del Mancini e

(1) V. Perezio, *In Codicem,* Lib. VII, Tit. XL, n. 5; Amst. 1761.

(2) V. Troplong, *Prescription*, n. 536. Il d'Argentré diceva di questa teoria: *immensa est hujus loci materia et argumentum ingens.*

del De Foresta, che, colla chiamata e colla presentazione volontaria per la conciliazione si manifesta l'*animus* di conservare il diritto e d'interrompere la prescrizione; e che così si evita il pericolo che taluno di mala fede, tenendo a bada con parole di conciliazione l'interessato ad interrompere la prescrizione, impedisca intanto che questi provveda con una domanda giudiziale a questa interruzione (1). Il Codice italiano, sulle orme del Codice francese, stabilisce che la prescrizione è interrotta civilmente in forza di una domanda giudiziale, *sebbene fatta davanti a giudice incompetente*. La legge non ha voluto che un errore in tema di competenza, errore talvolta scusabile, possa avere la conseguenza di far perdere alla domanda l'effetto di interrompere la prescrizione. Se per avventura il Codice avesse statuito diversamente, dall'ordinamento della legge poteva derivare un pregiudizio irreparabile a carico dell'attore; imperciocchè forse l'ora della prescrizione è già suonata quando egli, scoverto l'errore, si accinge a ripararlo. D'altra parte, pur essendo stata fatta innanzi ad un giudice incompetente, la domanda non manifesta meno energicamente la volontà, da canto di colui che l'ha fatta, di non lasciar perire il suo diritto. Vuolsi pure avvertire che, non trovandosi alcuna distinzione nella legge, si deve conchiudere che la prescrizione è interrotta per la domanda fatta davanti a giudice incompetente *ratione materiae*, e per quella fatta davanti a giudice incompetente *ratione personae* (2).

Per interrompere la prescrizione può la domanda giudiziale venir proposta contro il terzo all'oggetto di far dichiarare la sussistenza del diritto, ancorchè questo sia sospeso da termine o da condizione (art. 2126). Di questa disposizione abbiamo superiormente data ragione, colle parole del Pisanelli, mettendola in correlazione con quella racchiusa nell'articolo 2121.

L'iscrizione e la sua rinnovazione non interrompono la prescrizione dell'ipoteca (art. 2127). L'iscrizione serve a render pubblica l'ipoteca. Ma quando questa è prescritta (e come

(1) Verb. num. 44 della Commissione Coordinatrice.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, num. 1641; Paris, 1892.

si estinguano le ipoteche colla prescrizione è detto nell'articolo 2030), l'iscrizione e la sua rinnovazione non le possono dar vita.

Si ha come non interrotta la prescrizione: se la citazione o intimazione è nulla per incompetenza dell' uffiziale che l'ha eseguita, o per difetto di forma; se l'attore recede dalla domanda; se la domanda è perenta; se la domanda è rigettata (art. 2128). Il Codice dispone, che la prescrizione è interrotta in forza di un precetto intimato alla persona a cui si vuole impedire il corso della prescrizione. È surta la quistione, se al precetto si debba applicare la disposizione contenuta nell' articolo 2128 del Codice, vale a dire che si ha come non interrotta la prescrizione se la domanda è perenta. Quando il precetto è divenuto inefficace, per essere trascorsi 180 giorni senza che siasi proceduto agli atti di esecuzione (art. 566 Cod. di proc. civ.), esso può almeno considerarsi come atto interruttivo della prescrizione? Il Supremo Collegio di Napoli decise affermativamente. « Mal si vorrebbe applicare ai precetti la disposizione che concerne le citazioni perente: tale sanzione la quale trovasi per le citazioni non si legge affatto riguardo ai precetti. La ragione si vede evidentemente. Colla citazione si inaugura il giudizio di cognizione per costruirsi il titolo che deve formar la base del giudizio di esecuzione; quindi se la procedura iniziata con la citazione non si prosegue per un determinato tratto di tempo, si perime *ope legis*. Creato il titolo, compiuto il giudizio cognitivo, il titolo già creato serve di fondamento alla serie degli atti esecutivi. Con ciò si spiega il perchè i precetti non si perimono, ma si prescrivono. Non giova l' osservare che i precetti medesimi perdono la loro efficacia pel decorrimento del tempo, vale a dire che debbonsi reiterare se si vuol procedere alla esecuzione. Tale disposizione non ha che fare con l'efficacia degli atti. La legge vuole che scorso un termine prestabilito si reiterasse il precetto, perchè il debitore non fosse sorpreso quando non sel crede; ma sappia e prevegga l'urgenza del pericolo; ma ciò non vuol dire che i precetti anteriori fossero annullati; ciò non vuol dire che la perenzione siasi consumata; ed è cosa improvvida il voler confondere due ordini di cose, quali sono appunto le citazioni ed i precetti; ed è cosa piena di pericolo il volere estendere le perenzioni, ossia le penalità della trascuranza al di là

dei casi stabiliti dalla legge (1). » Il Ricci ha impugnata la teoria seguìta dalla Cassazione napoletana, osservando che « l'inazione del creditore che ha fatto notificare il precetto di pagamento produce lo stesso effetto dell'inazione in cui rimane l'attore in ordine alla dimanda da lui proposta in giudizio. Come questi deve rinnovare la domanda se vuol fare valere l'azione che contro il convenuto gli compete, così il creditore deve contro il debitore rinnovare il precetto, se, per conseguire il pagamento del suo credito, intende procedere ad atti esecutivi (2). » Ma il Supremo Collegio di Napoli, nella decisione dianzi riferita, avea vittoriosamente risposto a questa obiezione; avea determinato colla massima precisione la differenza che deve farsi tra la domanda perenta ed il precetto diventato inefficace, differenza che deve ricercarsi nella natura propria dell'uno e dell'altro atto. La Cassazione di Roma prestò ossequio alla stessa teoria accolta dal Supremo Collegio di Napoli. « Il precetto è atto di costituzione in mora del debitore, mercè il proposito a lui notificato di voler conservare il proprio diritto, ed è insieme inizio della esecuzione diretta ad attuarlo. Sotto questo secondo rispetto è regolato dall'articolo 566 Codice di procedura civile, ed è da questo dichiarato inefficace, se nei giorni 180 non sia seguìto da atti di esecuzione. Sotto il primo rapporto è regolato dal Codice civile, il quale, mentre dichiara che si ha per non interrotta la prescrizione se la domanda è perenta, non dice altrettanto del precetto se diventa inefficace ai sensi dell'articolo 566 Proc. civ. Il silenzio dunque dell'articolo 2128 Codice civile, tanto più significante quando si mette in relazione con l'articolo 2125, che appaia la citazione al precetto, agli effetti d'interrompere la prescrizione; e dall'altra parte il contenuto reale del precetto che importa essenzialmente costituzione in mora, la quale, come tale, non può non conservare la sua efficacia, quale che sia la sorte servata al precetto stesso considerato in relazione al procedimento esecutivo, valgono a rifermare il principio diventato *jus receptum*, che dove sia stata la prescrizione interrotta

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 27 aprile 1876; nella *Gazzetta del procuratore*, anno XI, num. 15 (27 maggio 1876).

(2) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Vol. V, numero 188.

con la intimazione del precetto, rimangono interi gli effetti della interruzione comechè il precetto sia diventato inefficace (1). »

La prescrizione è pure interrotta civilmente quando il debitore o il possessore riconosce il diritto di quello contro cui era cominciata (art. 2129). Il riconoscimento può essere espresso o tacito. E vi sarebbe riconoscimento tacito nel caso di pagamento degli interessi o delle annualità, di prestazione di un fideiussore, di dazione di un pegno, di domanda di un termine pel pagamento ecc. (2).

Gli atti enunciati nell'art. 2125 (domanda giudiziale, precetto, atto di sequestro ecc.) intimati ad uno dei debitori in solido, o la ricognizione del diritto fatta da uno di questi, interrompono la prescrizione contro gli altri ed anche contro i loro eredi. Gli atti stessi intimati ad uno degli eredi del debitore in solido, o la ricognizione del diritto fatta da questo erede non interrompono la prescrizione riguardo agli altri coeredi, quantunque il credito fosse ipotecario, se l'obbligazione non è indivisibile. Tali atti o ricognizioni non interrompono la prescrizione riguardo agli altri condebitori in solido, che per la parte di debito a carico dello stesso erede. Per interrompere totalmente la prescrizione riguardo ai condebitori in solido si richiede l'intimazione degli atti summentovati a tutti gli eredi del debitore defunto, ovvero la ricognizione per parte di tutti questi eredi (art. 2130). Qualunque atto che interrompe la prescrizione a favore di uno dei creditori in solido, giova egualmente agli altri creditori (art. 2131). L'intimazione di un atto d'interruzione al debitore principale, o la ricognizione da lui fatta del diritto interrompe la prescrizione anche contro il fideiussore (articolo 2132).

È regola in materia di prescrizione, che *de persona ad personam non fit interruptio nec active nec passive*. A questa regola voglionsi fare parecchie eccezioni, di cui passeremo in rassegna quelle mentovate dal Codice.

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 15 gennaio 1891; nel *Foro italiano*, anno 1891, parte I, pag. 178.

(2) V. Troplong, *Prescription*, num. 618. Dal parziale pagamento, che importa tacita ricognizione del debito, resta interrotto il corso della prescrizione. (Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 31 dicembre 1894; nella *Temi Genovese*, anno 1895, pag. 297).

La prima eccezione ha luogo quando i debitori sono uniti da un legame solidale. In tal caso l'interruzione contro uno di essi interrompe la prescrizione anche contro gli altri; *sunt enim duo correi una obligatione constricti*, diceva il d'Argentré. Quando uno dei debitori solidali è morto, gli atti intimati ad uno degli eredi o la ricognizione del diritto fatta da uno degli eredi, non interrompono la prescrizione riguardo agli altri coeredi sebbene si tratti di credito ipotecario, quando l'obbligazione non è indivisibile. Gli effetti di tali atti o ricognizioni riguardo agli altri eredi son precisati dall'articolo 2130, in conformità ai principî che governano le obbligazioni in solido; principî, secondo i quali un'obbligazione in solido si divide tra gli eredi di ciascuno dei debitori solidali che l'han contratta. Vuolsi pure osservare, che l'interruzione operatasi a favore di uno dei creditori in solido, giova agli altri creditori.

Una seconda eccezione alla regola *de persona ad personam non fit interruptio nec active nec passive*, ha luogo riguardo al fideiussore; *quia ex eodem fonte obligatio descendit*, al dire di d'Argentré.

Una terza eccezione si avvera quando l'obbligazione è indivisibile. Così, se due persone mi debbono una servitù di passaggio, l'interruzione della prescrizione contro una di esse potrà opporsi eziandio all'altra (1).

IV.

Del tempo necessario a prescrivere.

Qualunque sia la durata del tempo necessario a prescrivere, esso si calcola secondo le regole che seguono:

A) La prescrizione si computa a giorni interi e non ad ore (art. 2133).

(1) Il creditore il quale agisce in giudizio pel soddisfacimento del suo credito contro il debitore del proprio debitore, facendo valere i diritti di questo, interrompe la prescrizione anche a benefizio di lui per la totalità del credito di costui contro del primo. Così la Cassazione di Firenze; sentenza dei 18 gennaio 1869; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1869, parte I, pag. 33.

B) La prescrizione si compie allo scadere dell' ultimo giorno del termine (art. 2134). Ad esempio, una prescrizione di trent'anni iniziata al primo gennaio 1870 alle 12 m., si compie alla mezzanotte che separa il primo dal due gennaio 1900.

C) Il calendario gregoriano serve di base al calcolo delle prescrizioni. I mesi si contano secondo che sono fissati in questo calendario, senza aver riguardo al numero dei giorni di cui si compongono. A questa regola, giusta il capoverso dell'art. 2133, si fa eccezione per le prescrizioni che si compiono a mesi: in esse si computa sempre il mese di trenta giorni.

D) Non si fa distinzione, sotto il rapporto della prescrizione, tra i giorni festivi e quelli feriali. Ogni prescrizione, per quanto breve, può giungere al suo termine in un giorno festivo (1).

Abbiamo richiamata la disposizione contenuta nel capoverso dell'articolo 2133 del nostro Codice, che nelle prescrizioni le quali si compiono a mesi, si computa sempre il mese di trenta giorni. Nello stadio di formazione del Codice Albertino, tale disposizione fu combattuta dal Senato di Piemonte. Osservò il Senato: « Il secondo alinea di questo articolo (art. 2395), disponendo che nelle prescrizioni che si compiono a mesi, si calcoli sempre il mese di trenta giorni, può facilmente dar luogo ad inconvenienti nella pratica e tra le persone imperite. Quindi il Senato troverebbe più adatta e naturale in questo caso la computazione di mese in mese, e perciò preferibile all'alinea del Progetto il seguente: « Le prescrizioni che si compiono a mesi si calendano dal giorno del mese, in cui ebbero principio, sino ad eguale e corrispondente giorno del mese in cui si compiono. » Rispose la Commissione legislativa: « La disposizione ha il vantaggio di stabilire una regola uniforme per tutti i casi nei quali la prescrizione si computa a mesi; toglie i dubbi che l'ineguaglianza dei mesi secondo il calendario fa nascere in fatto di termini, e che più volte insorsero nell' applicazione del Codice francese, ove una tale determinazione non esiste; toglie altresì tale disposizione l' occasione di conflitti fra i varii testi della legge. Siffatti vantaggi sono di tal natura

(1) V. Zachariae, *Cours de droit civil,* Vol. I, § 212.

da poter essere risentiti dalle stesse persone *idiote;* onde la Commissione non iscorge che la disposizione possa neppure intaccarsi dal lato di quegli inconvenienti che si temono rispetto a questa clarse di persone (1). » La disposizione conservata nella compilazione definitiva del Codice Albertino fu, con savio consiglio, riprodotta nella formazione del Codice italiano.

Giusta il calendario gregoriano gli anni sono di una durata uniforme, salvo l'anno bisestile, che comprende 366 giorni. Ma l'anno bisestile non è un anno più un giorno, è un anno. La legge, in tema di prescrizione, parla di anni, e non già di un determinato numero di giorni; adunque, negli anni bisestili, l'anno comprenderà un giorno di più. Tutti gli scrittori sono di accordo su questo punto (2).

1.° Delle prescrizioni di trenta e di dieci anni. — Il Codice, dopo lo stabilimento delle norme circa la computazione del tempo in tema di prescrizione, in una prima sezione parla delle prescrizioni di trenta e di dieci anni, ed in una seconda sezione delle prescrizioni più brevi. Seguendo l'ordine accolto dal legislatore, diremo in primo luogo delle lunghe prescrizioni.

A) Tutte le azioni, tanto reali quanto personali, si prescrivono col decorso di trent'anni, senza che possa in contrario opporsi il difetto di titolo o di buona fede (art. 2135).

La Commissione dei giuristi napoletani, che esaminò il progetto Miglietti, propose che il tempo della più lunga prescrizione si fosse fissato ad un ventennio. « Un Codice deb-b'essere in rapporto ai bisogni della società, come un vocabolario in rapporto alla sua favella, essenzialmente mobile, progressivo. Or che per maravigliose invenzioni, ignote ai secoli che precedettero, tutte le distanze furono avvicinate, ed addivenne quasi più veloce il cammino stesso del tempo, sì che il diritto internazionale, il diritto pubblico, il diritto privato subirono nelle loro funzioni una necessaria modifica, potrebbe la prescrizione, che opportunamente era definita da un pubblicista italiano l'*analisi del tempo applicata allo spazio,* rimanere straniera a tanto progresso sociale? Potrebbe

(1) V. *Motivi dei Codici per gli Stati Sardi*, Vol. II, pag. 744; Genova, 1856.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil.* Vol. XXXII, num. 354.

la prescrizione, che a ragione fu chiamata *patrona generis humani,* perchè sì nel diritto internazionale e pubblico, come nel privato, esercita una potenza eroica ed assoluta, mostrarsi inconsapevole del suo maggior potere, negazione e contraddizione insieme dell'umano progresso (1)? » Ma, nella compilazione definitiva del Codice, non fu seguìto l'avviso della Commissione napoletana. Il Pisanelli, nella *Relazione ministeriale,* così giustificava l'ordinamento accolto dalla legge: « La prescrizione ordinaria si compie col decorso di trent'anni. Se il movimento più rapido nelle relazioni sociali sembrava richiedere un minor tempo per il compimento di essa, altre considerazioni persuasero a mantenerla quale è stabilita dalle vigenti legislazioni. Trattasi di liberare un debitore, dell'acquisto di un diritto che estingue o modifica quello di un altro, senza che sia necessaria la buona fede in colui che acquista o viene liberato. Però la legge non deve mostrarsi troppo corriva a favorire taluno a detrimento di un altro; deve muoverla soltanto la necessità di rendere certa la condizione giuridica dei beni e delle persone. » Solo nel campo dei rapporti commerciali, come è statuito dall'articolo 917 del vigente Codice di commercio, la prescrizione ordinaria si compie col decorso di dieci anni in tutti i casi per i quali nel Codice di commercio o in altre leggi non è stabilita una prescrizione più breve. Parve al legislatore, osserva in proposito il Vidari, che « portando a dieci anni il termine della prescrizione ordinaria mercantile, si sarebbe provveduto convenientemente agli interessi del commercio, e conciliata questa disposizione con l'altra già stata accolta, relativa alla conservazione dei libri e delle lettere dei commercianti. » Giusta l'articolo 26 del Codice di commercio, i commercianti devono conservare per dieci anni dall'ultima registrazione i libri che sono obbligati a tenere, e le lettere ed i telegrammi ricevuti. Il Vidari chiama la prescrizione trentennale stabilita dal Codice civile: « un vero anacronismo, attese le più agevoli e più pronte comunicazioni, e attesa la maggior rapidità con cui oggidì si costituiscono e si sciolgono i rapporti giuridici (2). » Ma noi non possiamo acconsentire a que-

(1) V. le *Osservazioni* della detta Commissione, Parte III, pag. 52 e 53; Torino, 1864.

(2) V. Vidari, *Corso di diritto commerciale,* Vol. IX, num. 9307; Milano, 1894, 3ª ediz.

sta censura dell'ordinamento del Codice civile in tema di prescrizione ordinaria. Wolfango Lauterbach notava, che il legislatore civile, per l'avveramento della prescrizione: « praeter alia requisita, etiam certum determinavit annorum numerum. » Quando vi è il concorso delle diverse condizioni stabilite dalle leggi, ha luogo la prescrizione, su cui riposa la tranquillità dei consorzi civili: « Tranquillitas et civitas beata nunquam existeret, nisi tale suppeteret remedium (1). » Ora, nei rapporti del diritto civile, specialmente per quanto si attiene alla prescrizione acquisitiva, se il legislatore, nel determinare *certum annorum numerum*, si fosse allontanato dal sistema degli altri Codici (la prescrizione ordinaria trentennale è accolta quasi in tutti i Codici vigenti), la tranquillità sociale, cui accennava il Lauterbach, non sarebbe certamente stata garantita; l'ordinamento inconsulto della legge avrebbe prodotto una conseguenza del tutto opposta a quella che deve aversi in mira nello stabilimento della prescrizione. Le parole della *Relazione ministeriale* del Pisanelli, superiormente riferite, a noi sembra che siano più che sufficienti per spiegare e giustificare, se ve ne fosse bisogno, il sistema comune cui il Codice prestava ossequio.

Tutte le azioni capaci di prescrizione si prescrivono, in generale, col trentennio. Anche l'azione che deriva dal giudicato si prescrive col decorrimento dei trent'anni. Come notava il Supremo Collegio di Napoli: « La cosa giudicata è la prova di un diritto. E subito che si lascia dormire per trent'anni, cade come ogni altro titolo per opera della prescrizione (2). » E il Supremo Collegio di Palermo decideva, essere soggetta alla prescrizione trentennale l'azione nascente dal giudicato, quantunque l'obbligazione originaria avesse per causale un debito di annualità. Il credito delle annualità in tal caso non si prescrive col quinquennio; ma certamente è soggetto alla prescrizione trentennale (3). E questa dottri-

---

(1) V. Lauterbach, *Collegium Pandectarum*, Lib. XLI, tit. III, numero VI; Tubingae, 1784.

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza degli 8 giugno 1872; V. Capuano e Napolitani, *Giurisprudenza civile della Corte di Cassazione di Napoli*, Vol. IX, pag. 106.

(3) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 5 febbraio 1895; nella *Legge*, anno XXXV, Vol. I, pag. 406.

na, che si prescrive col trentennio anche l'azione nascente dal giudicato, era incontroversa nell'antico Diritto. Insegnava il Fabro: « Non impedit sententia, quo minus is, qui condemnatus est, possit praescribere adversus executionem, si victor per annos triginta pluresve negligens fuerit in sententiae executione postulanda, tametsi transierit sententia in rem judicatam, aut quod hac parte idem est, ab eo judice lata sit, a quo non licet appellare (1). » La regola, che tutte le azioni prescrittibili si prescrivono col trentennio, riceve delle eccezioni, nel senso che alcune azioni trovansi sottoposte ad una prescrizione più breve di quella di trent'anni. Ma questa regola, soggiungeremo collo Zachariae, è assoluta nel senso che non vi sono azioni la cui prescrizione richiegga un decorrimento di tempo maggiore del trentennio. Il Codice ha rigettate le prescrizioni di 40 o di 100 anni, come ancora la prescrizione *immemorabile,* ammesse in taluni casi dal Diritto antico e dall'intermedio. Della prescrizione *immemorabile* diceva Paolo Rubeo, annotando una decisione della Ruota Romana: « Tempus immemoriale habens pro se, tunc potest allegare meliorem titulum de Mundo, quando sumus in materia licita (2). »

Avuto riguardo al sistema del Diritto romano, per la prescrizione *longissimi temporis,* la quale corrisponde sostanzialmente alla prescrizione trentennale del Diritto moderno, non si richiedevano le condizioni della buona fede e del giusto titolo, da parte di colui che voleva farne tesoro. Il Diritto canonico, ispirandosi a considerazioni morali, dichiarò che *nulla valet absque bona fide praescriptio;* son queste appunto le parole che si leggono in una Decretale di papa Innocenzo III. Nelle province napoletane è rimasto celebre il Parere del Sacro Regio Consiglio a ruote giunte, dei 23 dicembre 1738, approvato con Prammatica dei 15 dicembre 1742. Il Supremo Tribunale distinse la efficacia della prescrizione invocata dal debitore medesimo o dai suoi eredi e quella della prescrizione invocata dal terzo possessore. Ritenne che il debitore « ob conscientiam debiti semper est in mala fide, neque here-

(1) V. Fabro, *Codex,* Lib. VII, tit. XIII, def. XII; Lugduni, 1681.

(2) Ruota Romana; decisione dei 10 giugno 1643; V. *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum,* Pars IX, Vol. I, num. 217; Venetiis, 1716.

dem licet bonae fidei, qui possessori malae fidei successerit, praescriptione juvari unquam posse. Caeterum in tertio possessore bonam fidem praesumendam esse; ideoque lapsu triginta annorum a die natae actionis, ac deductis temporibus de jure deducendis, legitima praescriptione eum recte uti posse (1). » Il Diritto moderno è ritornato alle tradizioni del Diritto romano. Perchè sia possibile la prescrizione trentennale basta il decorrimento del trentennio, *senza che possa in contrario opporsi il difetto di titolo o di buona fede,* come è detto espressamente nell'articolo 2135. Noi possiamo ripetere ciò che osservava Matteo de Afflictis, riferendosi alle controversie che si agitavano ai suoi tempi, nel campo della dottrina ed in quello della giurisprudenza: nel sistema canonico *malae fidei possessor nullo tempore praescribit;* ma, nel sistema del Diritto civile, il quale *non consideravit Paradisum et Infernum,* anche in mancanza della buona fede e del giusto titolo, si avvera la prescrizione trentennale. Il Laurent ha censurato il Diritto moderno, per aver seguìto il sistema romano, e ripudiato quello del Diritto canonico. Noi preferiamo, egli dice, il rigore salutare del Diritto canonico; non si deve transigere colla mala fede; in queste transazioni, il diritto e la buona fede sono destinati sempre a soccombere. « Il importe à l'autorité des lois qu'elles ne se mettent pas en contradiction avec la voix de la conscience; et quand les consciences faiblissent, le devoir du législateur est de maintenir le principe moral dans toute sa rigueur (2). » È lo stesso concetto enunciato dal Troplong, in rapporto al principio del Diritto moderno, che è sufficiente l'esistenza della buona fede al tempo dell'acquisto, per determinare se il possesso è o pur no di buona fede. Il Troplong (e noi in sede propria abbiamo richiamate le sue parole) lamenta che il Diritto moderno, su questo punto, si è allontanato dalla teoria del Diritto canonico.

Oggi il Diritto canonico non esercita alcuna influenza nel campo del Diritto civile. Ai tempi nostri, allorchè il legislatore procede alla promulgazione di un Codice, non si

---

(1) Il testo di questo *Parere* del S. R. C. napoletano è riferito integralmente dal Mirabelli, *Della prescrizione secondo le leggi italiane,* num. 7; Napoli, 1893.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXXII, num. 369 e 371.

crede obbligato a mettere le disposizioni del medesimo in accordo con quelle racchiuse nel Decreto di Graziano. Ma il Diritto canonico vigente, in tema di prescrizione, ha conservato il principio della necessità della buona fede? A questa domanda risponde il canonico Allegre, in un'opera pregevolissima pubblicata in Francia sul Diritto civile nei suoi rapporti con la teologia morale, il gius canonico e l'economia politica. Insegnano gli scrittori, osserva l'Allegre, che la prescrizione civile acquisitiva di trent'anni vale in coscienza, semprechè alle condizioni richieste dalla legge si aggiunga la buona fede *teologica* per tutta la durata del trentennio. La buona fede *teologica* non deve confondersi colla buona fede *giuridica*. Questa suppone, da parte del possessore, un titolo traslativo di proprietà di cui ignora il vizio, ad es. un contratto di vendita. La buona fede *teologica* consiste nella persuasione che si possiede giustamente la cosa di cui si ha il possesso, anche nell'assenza del titolo (1). Quando non si ha questa buona fede teologica, il possesso legittimo trentennale non è, in coscienza, un titolo sufficiente per la prescrizione acquisitiva. Abbiamo voluto richiamare questa teoria del Diritto canonico vigente, avuto riguardo alla influenza che questo Diritto esercitò, nel campo del Diritto civile, nelle età passate, specialmente in tema di prescrizione. Non è nostro còmpito l'arrestarci a determinare (e d'altra parte non sarebbe possibile) se, nella sfera del concreto, anche per quanto riguarda la coscienza, non si avveri per l'osservanza di questi ordinamenti circa la prescrizione ciò che il Moliére notava per la osservanza di altri precetti: « Le ciel défend, de vrai, certains contentements, Mais on trouve avec lui des accommodements. » Lo ripetiamo, questa disamina non ha che vederci collo svolgimento del Codice. Espositori del Diritto civile noi ci limitiamo ad approvare l'ordinamento che esso stabilisce coll'articolo 2135. Coloro che lo hanno censurato non si sono certamente arrestati intorno all'esame dei gravissimi inconvenienti che sarebbero derivati dall'accettazione di un diverso sistema. E cosa molto facile la censura! Del resto l'opera del legislatore, e lo abbiamo altrove avvertito, troverà

(1) V. Allegre, *Le Code civil commenté à l'usage du Clergé, dans ses rapports avec la Théologie morale, le Droit canon et l'Économie politique*, Vol. II, parte II, sull'art. 2262 del Codice francese; Paris, 1888.

sempre una parola di biasimo, per quanto essa raggiunga quella perfezione relativa che si può avere nel campo del diritto positivo. Si avvera nel campo del diritto positivo ciò che si avvera in un campo anche più largo, in quello della cosidetta sociologia, che alcuni scrittori ravvisano il male dove altri scorgono un segno di civiltà. Recentemente uno dei più geniali pubblicisti francesi, Alfredo Fouillée, non dubitava di fare questa considerazione: « Plus la civilisation avance, plus la sélection se fait au profit de l'intelligence, et il en résulte un affaiblissement dans la sélection des plus robustes. » Di qui, *après un temps*, deriverà una rottura di equilibrio nella costituzione di un popolo, in favore del cervello e a detrimento di un certo numero di qualità più vicine alla vita animale (1). Sinora non si era parlato che di istruzione *obbligatoria*, come di uno dei capisaldi della civiltà moderna; e, quando i legislatori, nei diversi Stati, con sanzioni penali hanno appagati i voti dei Pubblicisti, ecco che immediatamente si grida che lo sviluppo della intelligenza è causa di degenerazione della razza!

Vogliamo ricordare una decisione del Supremo Collegio di Palermo. La prescrizione di trent'anni, senza bisogno di titolo, esclude ogni azione, liberando il possessore, che non è stato turbato, durante così lungo possesso, da qualunque azione di terzi. Però, quando trattasi di opporre il possesso tenuto da altri, per un trentennio, per farne base del proprio diritto irrevocabile, è necessario invocare il titolo. Se il titolo s'invoca, e questo rimase occulto, ignoto per mancata trascrizione, è inefficace contro i terzi donatari o acquirenti che hanno trascritti i loro titoli; manca la base della pretesa prescrizione trentennale, perchè non s'invoca un vero e proprio possesso legittimo materiale, bensì il possesso di chi possedeva per nostro conto; ma questo non si può fare senza ricorrere al titolo, e questa base viene meno quando la legge lo dichiara inefficace per la mancata trascrizione riguardo ai terzi interessati e acquirenti (2).

B) Il debitore di una rendita o di una prestazione annua

---

(1) V. Fouillée, *Dégénérescence? Le passé et le présent de notre race;* nella *Revue des deux mondes*, 15 ottobre 1895.

(2) Corte di Cassazione di Palermo; sentenza dei 28 marzo 1895; nel *Circolo giuridico*, anno 1895, pag. 138.

qualunque, la quale debba durare per più di trent'anni, devè a richiesta del creditore somministrargli a proprie spese un documento nuovo dopo vent'otto anni dalla data dell'ultimo documento (articolo 2136). Poi che l'imp. Giustiniano estese la prescrizione di trenta anni a tutti i diritti ed a tutte le azioni, riconobbe che poteva spesso accadere che il debitore di un'annua prestazione, pagando in ciascun anno ciò a cui era tenuto, dopo il trentennio volesse prevalersi della prescrizione, mettendo in serio imbarazzo il creditore; imperciocchè i pagamenti, essendosi fatti mediante scritture private, tornava a lui difficile farne la prova. Per impedire questa iattura del creditore, Giustiniano ordinò che il debitore fosse obbligato a rilasciare al creditore copia della quitanza, ovvero di fargli una contro-quitanza chiamata *antapocha* (L. 19, Cod. *de fide instrumentorum et amissione eorum, et de apochis et antapochis*). Questa contro-quitanza, il cui scopo esclusivo era d' impedire la prescrizione (*ut creditor in promptu habeat probationem factae solutionis, qua praescriptio interrumpitur,* giusta le parole del Brunnemanno) conteneva un semplice riconoscimento delle annualità pagate dal debitore. Sotto l'impero dell'antico Diritto napoletano insegnava Leonardo Ricci: « Creditor, sicuti tenetur facere debitori apocam solutionis, ita debitor creditori tenetur facere antapocam, in qua contineatur se solvisse debitum (1). » Questa necessità avvertita da Giustiniano ha mosso il nostro legislatore a stabilire la disposizione consacrata nell'art. 2136. Vuolsi però osservare che il titolo novello, richiesto dal Codice italiano sulle orme del francese, va molto più innanzi delle *antapoche* giustinianee. Il nuovo documento contiene l'obbligazione e la promessa di continuare nell'avvenire il pagamento della rendita o di qualsiasi altra annua prestazione: *c'est le titre primitif que je rajeunis*, come bene si esprime il Troplong (2).

Il creditore ha dunque due anni per procurarsi un documento nuovo (*un titre nouvel,* come è detto nell'art. 2263 del Codice francese). Ed egli può procurarsi questo documento, per servirci delle parole del Laurent: « soit à l'amiable, soit par voie judiciaire. » Nel progetto del Codice francese,

---

(1) V. Ricci, *Praxeos formulariae judicii executivi et ordinarii*, Vol. II, tit. IV, cap. I, num. 6; Neapoli, 1779.

(2) V. Troplong, *Prescription,* n. 838.

adottato dal Consiglio di Stato, il creditore non poteva esigere un nuovo titolo se non dopo ventinove anni, vale a dire un anno prima del compimento della prescrizione. Fu, su proposta del Tribunato, che il tempo utile venne duplicato, allo scopo di non compromettere gli interessi del creditore (1).

Il debitore deve somministrare il nuovo documento *a richiesta del creditore*. Ma, se costui non ha curato di farsi rilasciare questo documento, se non ha fatto rinnovellare il titolo primigenio, dovrà senz'altro dichiararsi decaduto dal suo diritto di credito? Giova ricordare il bel frammento di Modestino: « Nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. » (L. 25, D. *de legibus*). Il nuovo documento, indicato nell'art. 2136, è uno dei mezzi per interrompere la prescrizione, ma non è il solo. Quando il creditore può in altro modo provare, che il debitore ha pagato esattamente la rendita, l'annua prestazione, ovvero che dall'ultimo pagamento non sono scorsi trent'anni, non può accogliersi la prescrizione che per avventura il debitore avesse in suo favore eccepita. La costituzione giustinianea, superiormente indicata, si chiude con queste parole: « Nullum ei (*al creditore*) praejudicium ex eo, quod antapocham non recepit, generetur, cum hoc, quod pro quibusdam introductum est, inferre eis jacturam minime rationi conveniat aequitatis. »

Per la esatta intelligenza dell' art. 2136 del Codice civile, osservava il Supremo Collegio di Roma, che il medesimo accorda al creditore la facoltà di ottenere nel ventinovesimo anno dal debitore un nuovo documento, ma esso non aggiunge come sanzione la prescrizione: quantunque sia la disposizione del mentovato articolo ordinata a mettere in grado il creditore di garantirsi contro l'eccezione della prescrizione, dandogli la facoltà di constatare con il nuovo documento l'esercizio del suo diritto (2).

A questa dottrina faceva parimente omaggio il Supremo Collegio di Napoli, allorchè stabiliva la massima che il

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXXII, num. 379.

(2) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 5 maggio 1882; nella *Legge,* anno XXII, Vol. II, pag. 760.

creditore di una rendita o prestazione annua (nella specie, censo bollare) può, allo scopo di provare l'interruzione della prescrizione, fare la prova degli eseguiti pagamenti, sebbene nel trentennio non abbia chiesto, a norma dell'art. 2136 del Codice civile, la rinnovazione del proprio titolo. Osservò in proposito la Corte: « Mal si dolgono i ricorrenti, che siasi violato l'art. 2136 Codice civile. Essi credono che sia necessario ed indispensabile l'atto ricognitivo prima che scorresse il trentennio, scorso il quale fosse interdetta ogni prova di pagamento, per inferirne l'interrompimento della prescrizione. Tale opinione è contraria ad ogni principio di legge e di ragione. Coll'articolo succennato si largisce il diritto al creditore di obbligare il debitore di annue prestazioni a rinnovare il titolo di credito. Ma se il creditore non voglia o non possa valersi di questa facoltà che la legge gli accorda in garentia del suo credito, non viene con ciò a perdere l'uso delle vie comuni per conseguire lo stesso scopo. Altrimenti sarebbe torcere a danno di una persona ciò che fu introdotto in suo vantaggio (1). »

C) Giusta l'art. 2137, chi acquista in buona fede un immobile o un diritto reale sopra un immobile in forza di un titolo, che sia stato debitamente trascritto e che non sia nullo per difetto di forma, ne compie in suo favore la prescrizione col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione.

Nel concorso del giusto titolo e della buona fede, il Diritto romano ammetteva la prescrizione di dieci anni fra presenti e venti anni fra assenti. Il Codice Napoleone (art. 2265) adottava il sistema del Diritto romano. Il Codice italiano in ogni caso stabilisce la prescrizione decennale. Notò il Pisanelli, nella *Relazione ministeriale*: « Ammettendo, qual mezzo di acquistare diritti immobiliari, la prescrizione derivante dal possesso accompagnato dalla buona fede e da giusto titolo che sia stato trascritto, non si fece distinzione, riguardo al tempo necessario a prescrivere, tra l'interessato ad impedire la prescrizione che ha il domicilio o la dimora nel luogo in cui è posto l'immobile, e quello che ha il domicilio o la dimora in luogo diverso. Tale distinzione diede origine a gravi controversie, mentre allo stato odierno delle relazioni sociali essa

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 16 novembre 1880, nel *Foro italiano*, anno 1881, parte I, pag. 254.

manca di ragione. I mezzi di comunicazione fatti molteplici ed estesi, divenute rarissime le assenze prolungate, per non dire sconosciute, rendono inutile quella distinzione tra presenti ed assenti, la quale trovava il suo fondamento in altre condizioni sociali. Fu pertanto stabilito per ogni caso, che la detta prescrizione si compie col decorso di dieci anni. »

È stata censurata la locuzione dell'articolo 2137; si è detto che questo articolo è caduto in una grave inesattezza facendo decorrere i dieci anni dalla data della trascrizione. « Certo il computo del tempo non potrà partire da un momento anteriore alla trascrizione, poichè la legge vuole che del possesso prima esercitato non abbia a farsi alcun conto. Ma, se in realtà il possesso sia cominciato dopo la trascrizione dell'atto di acquisto, io credo (ha osservato il Pugliese) che il computo debba cominciare dal giorno in cui effettivamente ebbe inizio il possesso legittimo, perchè si sovvertirebbe tutto il sistema dell'usucapione col riconoscersi come compiuta una prescrizione decennale, che effettivamente è durata meno di dieci anni. Quindi o il possesso è cominciato prima della trascrizione del titolo, e tuttavia non si computerà che pel tempo trascorso dopo; od è incominciato dopo, ed il decennio, non ostante l'anteriore trascrizione, non partirà che dal giorno in cui si è cominciato effettivamente a possedere. Alla prova del possesso supplisce la presunzione stabilita dall'articolo 692 (1). » Noi siamo perfettamente di accordo col Pugliese circa il modo di computare la prescrizione nei casi da lui preveduti; ma, d'altra parte, non ci sembra di essere autorizzati a censurare la locuzione usata nell'articolo 2137 del Codice. Fondamento della prescrizione (e specialmente della prescrizione acquisitiva) è il possesso legittimo. « Per acquistare mediante la prescrizione è necessario un possesso legittimo; » è questo il principio generale, enunciato nell'articolo del Codice che segue immediatamente quello dove è racchiusa la definizione della prescrizione. Se dunque il possesso legittimo è della essenza della prescrizione, il legislatore nell'articolo 2137 non era obbligato a richiamare il principio, che l'inizio del possesso legittimo segna l'inizio del tempo utile per la prescrizione. Anche il Co-

(1) V. Pugliese, *Trattato della prescrizione acquisitiva,* num. 317; Torino, 1889.

dice francese, nell' articolo 2265, dice: « Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans etc. » Si parla della buona fede e del giusto titolo; ma nulla si dice del possesso, che di necessità è supposto, per l'avveramento della prescrizione.

Quattro importanti osservazioni voglionsi fare su questo art. 2137 del nostro Codice.

La prima, che non basta il concorso della *buona fede* e del *giusto titolo*, le sole condizioni volute dal Diritto romano: si richiede ancora la *trascrizione* del titolo. La prescrizione si compie *col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione*. Di qui deriva, che se si presenta come titolo quello *pro legato*, il testamento in cui si racchiude il legato dovrà trascriversi: sebbene il legislatore non abbia imposta la formalità della trascrizione pei testamenti. Deriva inoltre, che il titolo *pro derelicto*, ammesso dal Diritto romano, non potrebbe ammettersi per Diritto moderno, perchè incapace di trascrizione.

La seconda osservazione è questa: che la prescrizione decennale riguarda non solo *un immobile*, ma eziandio *un diritto reale sopra un immobile*. Ciò è detto espressamente nell'art. 2137 del nostro Codice; che in tal guisa risolveva egregiamente la gravissima quistione agitata in Francia, trattandosi dell'acquisto *a non domino* delle servitù prediali. L'articolo 2265 del Codice Napoleone, rispondente all' art. 2137 del Codice italiano, serba assoluto silenzio intorno ai *diritti reali sopra un immobile*.

La terza osservazione ci è consigliata dal Laurent. Il Codice suppone che il possessore ha acquistato un *immobile*, cioè a dire un fondo determinato. Se trattasi di una universalità, come una eredità, l'azione promossa dall'erede contro del possessore non è una *rei vindicatio*, è una *petitio hereditatis*, la quale non si prescrive che con trent'anni (1).

L' ultima osservazione ci è suggerita dal Mirabelli. La trascrizione del titolo, rendendo pubblico l'atto traslativo di proprietà, può impedire l' inganno di coloro ai quali l' alienante cerca di alienare lo stesso immobile, dopo di averlo ad altri alienato, e può anche giovare al vero proprietario, in quanto che venendo in cognizione che il *possessore* (condut-

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXXII, num. 388.

tore, creditore anticretico e simili) ha alienato l'immobile suo, può affrettare lo sperimento di una azione rivendicatoria. Ma se colui che aliena non sia *possessore*, è difficile che il vero proprietario possa venirne in cognizione. Essendo la trascrizione fatta per nomi e cognomi delle parti, il vero proprietario dovrebbe sapere il nome dei contraenti; e sapendone il nome, a tutelare i suoi interessi, gli è inutile sapere, se il contratto sia stato o pur no trascritto, potendo limitarsi solo ad interrompere la prescrizione (1).

Decideva il Supremo Collegio di Torino, che la prescrizione decennale può essere opposta, sebbene il titolo di colui, che si fa a rivendicare lo stabile, sia stato trascritto anteriormente a quello del possessore opponente la prescrizione. « Affinchè il possessore dell'immobile possa validamente opporre la prescrizione decennale, basta che l'abbia acquistato da dieci anni, in buona fede, in virtù di titolo trascritto, valido nella sua forma, avendolo sempre posseduto per detto tempo dopo la trascrizione. Poco importa, che altri lo abbia acquistato precedentemente, trascrivendo pure in precedenza il titolo, quando il possesso sta per chi ha acquistato e trascritto dopo. Ove fosse necessaria l'anteriorità della trascrizione, il disposto dell'articolo 2137 sarebbe pressochè inutile, bastando all'uopo per garantire il possessore l'articolo 1942, giusta il quale, seguita la trascrizione, non può avere effetto contro l'acquirente altra trascrizione di diritti acquistati verso il precedente proprietario. Il vero si è che l'articolo 1942 regola gli effetti delle trascrizioni fra loro quando sono scompagnate dal possesso, ma quando l'acquirente, oltre la trascrizione, ha pure il possesso decennale, a nulla monta che abbia contro di sè trascrizioni anteriori. Ed in effetto, si comprende che potendo la prescrizione in parola invocarsi contro tutti, e quindi anche contro il legittimo proprietario che fu negligente a far valere le sue ragioni per un decennio, non possa giovare a lui la trascrizione anteriore del suo titolo di acquisto, come non gli giovano nè i titoli stessi nè il possesso antichissimo ultimamente perduto (2). »

---

(1) V. Mirabelli, *Della prescrizione secondo le leggi italiane*, numero 246; Napoli, 1893.

(2) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 22 ottobre 1890; nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1891, parte I, pag. 87.

2.° Delle prescrizioni più brevi. — La prescrizione di trenta e quella di dieci anni costituiscono il diritto comune; ma l'uso e l'interesse pubblico hanno creato delle prescrizioni più brevi per talune obbligazioni. Nei titoli del Codice che precedono il presente, abbiamo trovato diverse disposizioni intorno ad alcune azioni prescrittibili in un tempo minore del trentennio e del decennio. Così, le azioni di nullità o di rescissione di un contratto durano, in generale, un quinquennio (art. 1300). La domanda di rivocazione della donazione per causa d'ingratitudine deve essere proposta entro l'anno dal giorno del fatto che vi dà luogo o dal giorno in cui il donante ha potuto averne notizia (art. 1082). L'azione di rivocazione per sopravvegnenza di figli al donante si prescrive col decorso di cinque anni, computabili dal giorno della nascita dell'ultimo figlio (art. 1090). Nei casi espressi negli art. 1473 a 1477, l'azione pel supplemento del prezzo che spetta al venditore, e quella per la diminuzione del prezzo o pel recesso dal contratto che spetta al compratore, debbono proporsi nel termine di un anno dal giorno del contratto, sotto pena della perdita delle rispettive ragioni (art. 1478).

La sezione presente tien parola delle prescrizioni particolari che non han potuto trovare il loro posto nei titoli che precedono del Codice civile.

Si prescrivono col decorso di sei mesi le azioni degli osti e dei locandieri per l'alloggio e le vivande che somministrano (art. 2138). Nella indicazione di osti e locandieri si comprende anche quella di trattori, di caffettieri, ristoranti e simili datori di somministrazioni alimentarie. Osserva il Borsari: « Il trattore suole pagarsi pranzo per pranzo, e chi prende al caffè o alla taverna non va via senza pagare (1). » Questa è la regola, osserviamo noi. Ma, purtroppo, non sono infrequenti i casi in cui si avvera il contrario. In Francia una Legge speciale dei 3 agosto 1873 fu emanata appunto per reprimere, con sanzione penale, il fatto di coloro che, pur sapendo di non poterli pagare, si fanno servire cibi e bevande; la necessità della promulgazione della legge attesta la frequenza del fatto. Ed in Italia è grave controversia fra gli scrittori e nella giurisprudenza, se, in mancanza di una legge

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano,* Vol. IV, parte II, § 4434.

speciale, il fatto dianzi accennato si debba qualificare reato (1).

Si prescrivono col decorso di un anno le azioni: dei professori, maestri e ripetitori di scienze, lettere ed arti, per le lezioni che danno a giorni o a mesi; degli uscieri, per la mercede degli atti che notificano e delle commissioni che eseguiscono; dei commercianti, per il prezzo delle merci vendute a persone che non ne fanno commercio; di coloro che tengono convitto o case di educazione e d'istruzione d'ogni specie, per il prezzo della pensione ed istruzione dei loro convittori, allievi ed apprendenti; dei domestici, degli operai e giornalieri, per il pagamento dei salari, delle somministrazioni e loro giornate di lavoro (art. 2139). Nelle fonti si legge un frammento del giureconsulto Ulpiano, dove si dice che i filosofi non si debbono collocare nella classe dei professori, e quindi nei medesimi non si può riconoscere il diritto di esercitare un'azione per ottenere il pagamento delle fatiche durate nell'insegnamento. « An et Philosophi Professorum numero sint? et non putem: non quia non religiosa res est: sed quia hoc primum profiteri eos oportet, mercenariam operam spernere. » (L. 1, § 4, D. *de extraordinariis cognitionibus*). Cuiacio osserva circa il sistema del Diritto romano: « Veri philosophi pecuniae studiosi non sunt (2). » Ma, sotto l'impero del Codice, questa teoria deve essere respinta. Ai tempi di Ulpiano, il filosofo, come lo descrive Giovenale, faceva consistere *mensura census*, vale a dire ciò che gli era necessario, *in quantum sitis, atque fames et frigora poscunt.* Ma oggi domina la filosofia *positiva;* la quale, come nel campo della scienza ha bandite quelle che essa chiama *astruserie metafisiche,* così nel campo della vita pratica ha ripudiato quell'abbominio delle ricchezze che avevano (o dichiaravano di avere) gli antichi filosofi. Ecco perchè tra i *professori* designati dalla legge debbono oggi con sicurezza essere annoverati anche coloro che insegnano filosofia.

Si prescrivono col decorso di tre anni le azioni: dei professori, maestri e ripetitori di scienze, lettere ed arti stipendiati a tempo più lungo di un mese; dei medici, chirurghi

(1) V. Olivieri, *I saccularii nella legislazione penale vigente ed in progetto;* nella *Rivista penale,* anno 1888, pag. 469 a 477.

(2) V. Cuiacio, *Recitationes solemnes,* Ad L. VIII, D. *de vacat. et excusatione munerum* (Vol. IV, col. 866 dell'ediz. napoletana del 1758).

e speziali, per le loro visite, operazioni e medicinali; degli avvocati, procuratori alle liti ed altri patrocinatori, per il pagamento delle loro spese e dei loro onorari: i tre anni si computano dalla decisione della lite o dalla conciliazione delle parti, o dalla rivocazione del mandato; riguardo agli affari non terminati, essi non possono domandare di essere soddisfatti delle spese e degli onorari di cui fossero creditori da tempo maggiore di cinque anni; dei notai pel pagamento delle spese e degli onorari: i tre anni si computano dalla data dei loro atti; degli ingegneri, degli architetti, dei misuratori e ragionieri pel pagamento dei loro onorari: i tre anni si computano dal compimento dei lavori (art. 2140). Il Ricci si propone la quistione, se alle levatrici deve o pur no applicarsi la prescrizione che il Codice statuisce per i medici e chirurghi. Egli la risolve negativamente. « Chi oserebbe chiamare con questo nome le levatrici? » Si debbono comprendere le levatrici tra gli operai ed i giornalieri, di cui si parla nell' articolo 2139, ed assoggettare le loro azioni alla prescrizione di un anno (1). Noi non possiamo accettare questa teoria. Presso i Romani, la levatrice chiamavasi *obstetrix* Come osservano i lessicografi del Diritto romano, essa era così chiamata da *ob* (innanzi) e *stare* (tenersi in piedi), per esprimere l'attitudine della levatrice nell' assolvere il suo uffizio. Ora insegna Ulpiano, che essa « utique medicinam exhibere videtur. » (L. 1, § 2, D. *de extraordinariis cognitionibus*). Nell' idioma francese la levatrice chiamasi *sage-femme;* ed il Littré così spiega il significato di tale denominazione: « Celle dont la profession est de faire des accouchements (2). » Adunque, con qual diritto l' interprete del Codice pretenderebbe di adimare la *professione* delle levatrici all'opera prestata da un fabbro o da un muratore? Forse i fabbri ed i muratori debbono, per essere ammessi all'esercizio della loro arte, dare un esame innanzi ad una Commissione universitaria, come vi sono obbligate le levatrici? Certo, non tutte le levatrici hanno il valore di Vittoria Sabina, cui Prisciano dedicò un libro della sua classica opera *Rerum medicarum* (3);

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. V, num. 277.

(2) V. Littré, *Dictionnaire de la langue française,* Vol. IV, verb. *Sage-femme;* Paris, 1876.

(3) V. Cuiacio, *Observationum et emendationum,* Lib. XVII, cap. 27 Vol. III, col. 502 dell'ediz. napoletana del 1758).

ma è anche certo che l'opera loro, in generale, prescindendo cioè dalla maggiore o minore valentìa di quelle che l'esercitano, non può essere assimilata a quella dei giornalieri, cui il Codice si riferisce nell'articolo 2139. Al tramonto del secolo XVIII si agitò una viva controversia presso il Sacro Regio Consiglio napoletano, per determinare se i *Maestri di Cappella* si dovessero comprendere fra gli *artigiani*. I più illustri giureconsulti napoletani, tra cui ricordiamo specialmente Saverio Mattei e Felice Parrilli, scrissero su tale argomento (1). Non deve quindi sembrare strano che, anche sotto l'impero del Diritto moderno, si discutano quistioni che a prima fronte sembrano di leggiera importanza.

La prescrizione ha luogo nei casi sopra enunciati, quantunque siavi stata continuazione di somministrazioni, di servigi e di lavori. Non è interrotta, se non quando vi è stato un riconoscimento del debito per iscritto o una domanda giudiziale non perenta (art. 2141).

Nondimeno quelli cui fossero opposte tali prescrizioni possono deferire il giuramento a coloro che le oppongono, per accertare se realmente ha avuto luogo la estinzione del debito. Il giuramento può essere deferito alla vedova, se questa vi ha interesse, ed agli eredi, ovvero ai tutori di questi ultimi se sono minori, per accertare se abbiano notizia che il debito non sia estinto (art. 2142). Le prescrizioni designate dal Codice ammettono la prova contraria, per mezzo del giuramento; ed è facile assegnar la ragione del sistema della legge. Quegli che allega la prescrizione, nei casi preveduti dal Codice, implicitamente dice che egli ha pagato il debito. È dunque naturale che il creditore possa esigere che il convenuto affermi solennemente il fatto colla prestazione del giuramento (2).

L'articolo 2274 del Codice francese, corrispondente all'articolo 2141 del Codice italiano, dispone nel capoverso: « Elle (la prescription) ne cesse de courir que lorsqu'il a eu compte arrêté, cédule ou obligation ou citation en justice,

---

(1) V. Mattei, *Probole, se i Maestri di Cappella son compresi tra gli artigiani;* Napoli, 1784. — Parrilli, *Lettera villereccia in cui si propone un mezzano sistema per la quistione se i Maestri di Cappella son compresi fra gli artigiani;* Napoli, 1785.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* Vol. XXXII, num. 513.

non périmée. » Il capoverso dell'articolo 2180 delle Leggi Civili napoletane così traduceva la disposizione del Codice francese: « La prescrizione non cessa di correre, se non quando vi sia stato un conto aggiustato, una polizza o chirografo, o una citazione giudiziale non perenta. » Decideva recentemente il Supremo Collegio di Francia, che « l'arrêté de compte ou l'obligation, susceptible d'interrompre la prescription aux termes de l'art. 2274 Code civil doit s'entendre d'un écrit authéntique ou sous seing privé portant reconnaissance de la dette (1). » La Cassazione confermava colla sua autorità una interpretazione accolta generalmente dalla scuola e dalla giurisprudenza. Sotto l'impero del Codice italiano è impossibile il nascimento di una quistione nella interpretazione del capoverso dell'articolo 2141; dove è dichiarato in termini espressi, che la interruzione della prescrizione non ha luogo, se non quando vi è stato un *riconoscimento del debito per iscritto* o una domanda giudiziale non perenta.

Le prescrizioni stabilite negli art. 2138, 2139 e 2140 han tutte la loro base nella presunzione di pagamento. Questa presunzione non può rimaner distrutta coi mezzi ordinari di prova. La sola prova ammessa dalla legge (semprechè, ben s'intende, non siavi ricognizione scritta del debito o confessione spontanea in giudizio) è la delazione del giuramento a colui che oppone la prescrizione. Quindi non testimoni, non interrogatorî per provare che il pagamento non è avvenuto. Qui vogliamo richiamare due regole svolte in tema di giuramento, e che senza dubbio si debbono applicare al giuramento autorizzato in tema di brevi prescrizioni. Il giuramento deve essere deferito dalla parte o dal suo procuratore speciale; esso, perchè decisorio, può essere riferito (2).

Il Supremo Collegio di Roma, a sezioni unite, solennemente affermava il principio che, agli effetti della prova contraria, riservata dalla legge contro le presunzioni stabilite negli articoli 2138, 2139 e 2140 Codice civile, non è ammissibile la distinzione fra rinunzia a prescrizione compiuta e interruzione di prescrizione in corso. Quindi in ambidue i

---

(1) Corte di Cassazione di Francia; arresto dei 23 gennaio 1895; V. Dalloz, *Recueil périodique*, anno 1895, parte I, pag. 398.

(2) V. Lessona, *Trattato delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, num. 100; Firenze, 1895.

casi, contro l'eccezione di prescrizione, è ammesso il giuramento decisorio deferito al debitore, ma non sono ammessi altri mezzi di prova. « La suindicata distinzione tra rinunzia ed interruzione, oltre a non essere giustificata dalla locuzione dell'articolo 2141, è anche assolutamente esclusa dalla natura speciale delle prescrizioni di breve tempo, dallo svolgimento storico che hanno avuto queste prescrizioni, e dal fine pel quale furono dai legislatori introdotte. E di vero è assolutamente esclusa dalla natura speciale delle prescrizioni di breve tempo; perchè con queste non si acquista alcun diritto nè si ottiene liberazione alcuna; da esse sorge soltanto una presunzione di quel fatto giuridico che si chiama pagamento, ed è il vero operatore dell'estinzione dell'obbligazione; come presunzione, per quanto sia stabilita dalla legge, è sempre un semplice mezzo di prova, di fronte al quale non può aver mai alcun valore nè produrre alcun utile effetto, la distinzione fra riconoscimento importante rinunzia ad una presunzione già nata e riconoscimento importante interruzione, ossia rinunzia ad una presunzione in corso d'istruzione; imperocchè nell'un caso e nell'altro il fatto presunto, ossia il pagamento, rimane radicalmente distrutto dallo stesso riconoscimento, e addiviene davvero inconcepibile. È assolutamente esclusa dallo svolgimento storico di simili prescrizioni, perchè queste, come è notorio, costituiscono una specialità del diritto francese, ove ebbero origine fino dal 1512. Furono esse introdotte in vista del bisogno che hanno certe classi di creditori di essere prontamente soddisfatti dei loro crediti, dell'abitudine dei debitori di pagare questi debiti, verbalmente contratti, senza ritardo, e senza chiederne quietanza, e della necessità di garantire gli stessi debitori, e più i loro eredi, dal pericolo di pagare due volte lo stesso debito. In grazia di queste ragioni che ne hanno determinata la introduzione, tali prescrizioni differiscono sostanzialmente da quelle ordinarie, che i legislatori di tutti i tempi hanno stabilite per servire ad un più elevato interesse sociale, che è quello della necessità di rendere certa la condizione giuridica dei beni e delle cose. Conseguentemente non sempre le regole generali stabilite per le prescrizioni ordinarie possono essere invocate a riguardo di queste altre prescrizioni, che sono tutt'affatto speciali ed eccezionali. Per ultimo, è assolutamente esclusa dal fine che i legislatori fran-

cesi dei secoli passati e i legislatori italiani nel secolo presente si sono certamente proposto nello stabilire queste brevi prescrizioni; imperocchè tal fine è stato sempre quello di evitare, per quanto sia possibile, le contese giudiziali tra persone di modesta condizione, ed assicurare ai debitori un mezzo facile e piano per troncare sollecitamente le liti alle quali possono trovarsi esposti per effetto di passività fiduciariamente contratte; e questo scopo rimarrebbe sempre in gran parte deluso se fosse lecito ricorrere alla distinzione fra rinunzia e interruzione, e se, sotto il pretesto di un riconoscimento verbale del debito, potesse essere permesso ricorrere al pericoloso esperimento di una prova orale, per distruggere la presunzione di pagamento stabilita dalla legge (1). »

I cancellieri, gli avvocati, i procuratori alle liti e gli altri patrocinatori sono liberati dal render conto delle carte relative alle liti cinque anni dopo che le medesime furono decise od altrimenti terminate. Gli uscieri dopo due anni dalla consegna degli atti sono parimente liberati dal renderne

---

(1) Corte di Cassazione di Roma; sentenza dei 22 giugno 1892; negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1892, parte I, pag. 359. V. pure una conforme sentenza della Corte di Cassazione di Firenze; 2 maggio 1895; negli *Annali*, anno 1895, parte I, pag. 320. La Corte richiamava la sentenza della Cassazione di Roma, da noi superiormente riferita, e soggiungeva che alla esattezza della dottrina da essa accolta « concorre evidentemente il testuale dettato dell'articolo 2141, che, mentre, nella prima parte, prevedendo la ipotesi di continuate somministrazioni costituenti ognuna per sè stessa un credito distinto, contempla il caso della prescrizione già compiuta per uno dei crediti medesimi e di quella in corso per l'altro, non fa distinzione poi e li comprende entrambi allorchè nel successivo capoverso limita la prova, per distruggere la presunzione di pagamento, al riconoscimento del debito per iscritto ed alla domanda giudiziale non perenta; nè può diversamente avvenire, giacchè il riconoscimento comprende in sè la confessione del debito e la rinuncia alla prescrizione. Il quale concetto, a parte le ragioni storiche e dottrinali, viene maggiormente fatto palese dalla formula comprensiva dei due casi usata dal successivo articolo 2142, che accorda in ogni caso al creditore di deferire il giuramento decisorio intorno all' avvenuto pagamento a colui che si fa scudo della prescrizione. »

conto (1). Ma anche alle persone designate in questo articolo può deferirsi il giuramento all'oggetto di far loro dichiarare se ritengano o sappiano dove si trovano gli atti e le carte (art. 2143).

Si prescrivono col decorso di cinque anni: le annualità delle rendite perpetue e vitalizie; quelle delle pensioni alimentarie; le pigioni delle case e i fitti dei beni rustici; gl'interessi delle somme dovute e generalmente tutto ciò che è pagabile ad anno o a termini periodici più brevi (art. 2144). Questa prescrizione quinquennale, chiamata *celebre* dal Troplong, si deve all' antica giurisprudenza francese. Essa è una vera prescrizione liberatoria, introdotta da un lato come pena della negligenza del creditore ad esigere; e dall' altro come benefizio a pro del debitore, onde non rimanga oppresso dal numero delle annate insolute. Quindi, meno il caso di avvenuta interruzione, quand'anche il debitore confessi di non aver pagate le annualità decorse avanti gli ultimi cinque anni, questa prescrizione procede ed opera i suoi effetti (2).

Gl'interessi moratori o giudiziali vanno soggetti alla prescrizione di cinque anni, al pari degli interessi convenzionali? A noi pare che si debba accettare la risposta affermativa. Ciò vuole lo spirito della legge: « È evidente che i motivi determinanti questa specie di prescrizione militano tanto se trattasi di interessi convenzionali, quanto d'interessi giudiziali, perciocchè in entrambi i casi il cumulo di essi oltre l'indicato limite produce la ruina dei debitori; anzi nel secondo è più grave ed imputabile la negligenza dei creditori, che pure e unicamente si è inteso punire dalla legge, potendosi a loro posta mandare ad esecuzione il titolo di cui eran forniti, a differenza dei creditori il cui inadempimento può derivare dalla impotenza meritevole di scusa. » Ciò richiede la lettera della legge: « Comunque difetti di esattezza la lezione dell'ultimo capoverso dell'art. 2144, pure non può dirsi

(1) La legge stabilisce una prescrizione più breve per gli uscieri, imperciocchè il loro ministero si compie con maggiore celerità di quello dei cancellieri, avvocati e procuratori. V. Troplong, *Prescription*, numero 999.

(2) V. le dotte annotazioni in calce ad una sentenza della Cassazione di Torino, dei 7 novembre 1868, negli *Annali della giurisprudenza italiana*, anno 1869, parte I, pag. 174.

assolutamente che nella disposizione generale non comprenda anche gl'interessi giudiziali, nel senso che essi sono *pagabili*, o sia che si calcolino ad anno, a sei mesi, a mesi, a giorno etc. nell'atto della estinzione del debito, in ragione del tempo trascorso. La sola notevole differenza che intercede fra gl'interessi convenzionali e i giudiziali si è, che per quelli non può il creditore esigerne il pagamento se non dopo la scadenza dei termini stabiliti, e per questi sempre a suo talento: tale differenza però non influisce sulla quistione, perchè nel ripetuto capoverso non si parla d'interessi *esigibili* a certi dati termini, ma invece d'interessi *pagabili* (1). »

Il diritto di rivalsa, per somme pagate per tributo fondiario a carico di altri, non è soggetto alla prescrizione quinquennale dell'articolo 2144 Codice civile. Colui che paga una prestazione annuale a carico di altri ha diritto di rivalsa; ed il credito che ne deriva non è di annua prestazione, in rapporto al creditore, bensì di rivalsa della somma capitale pagata, sia per unica annualità, sia per parecchie successive; nasce nel momento stesso in cui il pagamento è avvenuto, e soggiace alla prescrizione ordinaria, non a quella dell'articolo 2144 (2).

Le annualità *arretrate*, delle quali la sentenza pronunzia la condanna al pagamento, rimangono per virtù del giudicato capitalizzate, in modo che non possono più andar soggette alla prescrizione quinquennale. Non sono però escluse da questa prescrizione le annualità future, delle quali la sentenza stessa pronunzia la condanna al pagamento a misura che verranno a scadere (3).

Le prescrizioni enunciate in questa sezione corrono eziandio contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra e

---

(1) Corte di appello di Ancona; sentenza dei 13 dicembre 1873; negli *Annali della giurisprudenza italiana,* anno 1874, parte II, pagina 86. Nel medesimo senso si pronunziava la Cassazione di Napoli; sentenza dei 3 dicembre 1874; negli *Annali,* anno 1875, parte I, pagina 60.

(2) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza dei 9 giugno 1894; nella *Gazzetta del procuratore*, anno XXVI, num. 31 (27 ottobre 1894).

(3) Corte di Cassazione di Torino; sentenza dei 16 ottobre 1894; negli *Annali,* anno 1894, parte I, pag. 504.

contro i minori non emancipati e gli interdetti, salvo il loro regresso verso il tutore (art. 2145).

L'azione del proprietario o possessore della cosa mobile, per riavere la cosa derubata o smarrita in conformità degli art. 708 e 709, si prescrive nel termine di due anni (articolo 2146). Il Codice Napoleone stabilisce per tale azione una prescrizione di tre anni, *à compter du jour de la perte ou du vol* (art. 2279). Il Codice italiano, per ragioni facili a spiegarsi, ha ristretto in più angusti confini il tempo di questa prescrizione. La prescrizione biennale stabilita dall'articolo 2146 deve ritenersi estintiva o acquisitiva? Il Ricci non esita a rispondere, che la prescrizione dianzi accennata è d'indole acquisitiva, dappoichè essa prende di mira l'azione reale derivante dalla proprietà; e dal momento che il proprietario non può agire per rivendicare la cosa, ciò vuol dire che ha perduto il diritto che sulla medesima gli competeva, il quale si è acquistato da quello a cui favore si è compiuta la prescrizione (1). Noi non possiamo accettare questa dottrina. Nel sistema del Codice, perchè debba trovare la sua applicazione ciò che è disposto nell'articolo 2146, non si richiede che il possessore attuale possegga da un biennio. Quando pure non possegga che da un giorno solo, egli può invocare la massima fermata nell'articolo 707, semprechè siano scorsi due anni dal giorno in cui la cosa fu derubata o smarrita. Ciò dimostra evidentemente che non si può considerare il mezzo d'inammessibilità che l'articolo 2146 permette di opporre, dopo due anni, al proprietario vittima dello smarrimento o del furto, come il risultato di una prescrizione acquisitiva compiutasi a vantaggio del possessore. La prescrizione acquisitiva esige un possesso, continuato per tutta la durata del termine prefinito dalla legge. Tra gli espositori del Codice francese oggi prevale l'opinione, che nel caso dell'art. 2279 di quel Codice, corrispondente all'articolo 2146 del Codice italiano, si tratta di una semplice *decadenza*, la quale si avvera pel solo decorrimento del termine stabilito dalla legge (2).

Il Borsari, commentando l'articolo 708 del Codice, ri-

(1) V. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Vol. V, numero 208.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* Vol. III, numero 1746; Paris, 1892.

corda la prescrizione triennale stabilita dal Codice francese, per la ripetizione delle cose smarrite o rubate, ed osserva: « Tre anni di tempo è uno spazio sufficiente per attuare le più diligenti ricerche e intentare ogni azione possibile. » E soggiunge che, nel sistema del Codice italiano, « appena è se con trent'anni il bonario acquirente di una cosa che fu trovata per la strada, circostanza che non avrebbe mai saputa immaginare, potrebbe vivere tranquillo nel suo acquisto pagato a caro prezzo. » Lo stesso Borsari, commentando l'articolo 2146 del Codice, senza tener conto di ciò che avea detto precedentemente, della commiserazione da lui dimostrata verso il « bonario acquirente di una cosa che fu trovata per la strada, » osserva: « Si accorda un'azione reale contro colui presso il quale si trova la cosa smarrita o derubata, e presso cui può essere sequestrata. Quest'azione *in ripetizione* non dura che due anni. La buona fede non basta a difendere da tale lebbra, poichè in simili circostanze il diritto di proprietà è sviluppato e stimato degno di una speciale protezione (1). » Dunque l'azione dura due anni, non un trentennio, come aveva detto precedentemente il Borsari. Del resto, in rapporto alla dottrina che risulta chiarissima dal testo degli articoli 707, 708, 709 e 2146 del Codice civile, e dell'articolo 57 del Codice di commercio, gli scrittori (ed accenniamo specialmente a quelli che hanno maggior fama) pare che si siano posti d'accordo in quest'opera, di censurare il legislatore per avere statuite delle regole, che non sono sancite nè nel Codice civile nè nel Codice di commercio. L'abbiamo di proposito notato in un altro lavoro (2). Non vogliamo ripetere tale dimostrazione nel presente lavoro, che è un libro di *Istituzioni*, vale a dire un libro destinato particolarmente ai giovani. Non vogliamo che i giovani possano applicare ai commentari del Codice ciò che è stato detto dei commentari sulla *Divina Comedia*, che essi non rare volte riescono a turbare quei concetti che si ha la pretesa di voler chiarire, e che nel testo sono espressi colla massima precisione.

Per tutte le prescrizioni minori di trenta anni, non men-

---

(1) V. Borsari, *Comm. del Codice civile italiano*, Vol. II, § 1512, Vol. IV, parte II, § 4451.

(2) V. Lomonaco, *Della distinzione dei beni e del possesso*, numeri 100 e 102; Napoli, 1890.

zionate in questa e nella precedente sezione, si osservano altresì le regole che particolarmente le riguardano (art. 2147). Così, per recare un esempio, l'art. 1300 stabilisce una prescrizione generale di cinque anni per le azioni di nullità o di rescissione di un contratto. Ma il quinquennio (ecco la regola particolare) non comincia a decorrere nel caso di violenza, se non dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore o di dolo, dal giorno in cui furono scoperti; riguardo agli atti degli interdetti e degli inabilitati, dal giorno in cui è tolta l'interdizione o l'inabilitazione; riguardo agli atti dei minori, dal giorno della loro maggiore età; e riguardo agli atti delle donne maritate, dal giorno dello scioglimento del matrimonio.

Collo svolgimento della teoria della prescrizione diamo termine alle *Istituzioni di Diritto civile italiano*; e, per ripetere le parole con cui si chiude uno dei più belli sermoni di Orazio, diremo che, collo svolgimento della suddetta teoria, *longae est finis chartaeque viaeque*. Nei lavori scientifici, e specialmente in quelli che riguardano la esposizione del diritto positivo, non si usano generalmente quelle *Conchiusioni* che si trovano con frequenza al termine delle opere letterarie. Ma noi vogliamo seguire un diverso indirizzo, e per questa ragione. Nell'imprendere questo lavoro, e in tutto il corso del medesimo, abbiamo costantemente avuto riguardo alla utilità dei nostri giovani lettori cui il libro era destinato; con grande studio (e più volte ci si è pôrta l'occasione di dichiararlo) abbiamo cercato di esporre colla maggiore precisione che ci era possibile i molti ed importanti istituti del Codice; eliminando tutto ciò che era, o ci sembrava, vana mostra di più o meno facile erudizione. In altre parole, nello scrivere questo lavoro ci siamo attenuti alle stesse norme seguìte nell'insegnamento. E sempre col pensiero rivolto alla utilità del lettore abbiamo cercato di trasfondere nel libro il frutto di lunghe vigilie negli studi del Codice civile. Qui giova richiamare una sentenza di Seneca, che ci è servita di guida negli anni giovanili e nell'età matura: « In hoc gaudeo aliquid discere, ut doceam; nec me ulla res delectabit, licet eximia sit et salutaris, quam mihi uni sciturus sim. Si cum hac exceptione

detur sapientia, ut illam inclusam teneam, nec enunciem, rejiciam. » Ora questa comunanza intellettuale col lettore non ci consente di terminare il lavoro, senza rivolgere una parola di addio a coloro che han voluto seguirci sino alla fine del medesimo; una parola di addio, ed anche una dichiarazione, che è questa. Nell' esame della teoria, circa la diligenza da prestarsi nell' adempimento delle obbligazioni, abbiamo osservato che la legge richiede la *diligentia diligentis patrisfamilias;* ma, insegnano concordemente gli scrittori, che, pur richiedendosi dalla legge la *diligentia in abstracto,* una persona non può essere tenuta a prestare una diligenza maggiore di quella che è consentita dalla sua capacità. Allo stesso modo diciamo noi, che, nell' assolvere il còmpito impostoci, abbiamo cercato di adoperare tutta la diligenza di cui eravamo capaci; possiamo affermare con sicura coscienza di averla usata. Non abbiamo mai preteso di aprire nuovi orizzonti nel campo del Diritto civile; e, pur censurando qualche disposizione del Codice, abbiamo sempre attestato il nostro ossequio ai valorosi giureconsulti che presero parte alla compilazione di esso. I nuovi orizzonti nel campo del Diritto civile si possono scoprire soltanto da quegli ingegni privilegiati, di cui non sono state giammai vedove le contrade italiane. Il tempo che ci era posto abbiamo cercato di compartirlo più modestamente, ma anche più utilmente in rapporto al lettore, nell'esame dommatico delle disposizioni del Codice. Attesta la esperienza, che spesse volte lo svolgimento chiaro e preciso della legge è dato dagli ingegni mediocri, meglio che dai forti e poderosi che, mentre *petunt sublimia,* fanno dire al legislatore quello che non ha detto nè pensato. Gli ingegni mediocri prendono a guida i criteri del buon senso, che spesse volte sono abbandonati da quella che il Vico chiamava *boria dei sapienti*; beninteso, che diamo a queste parole il loro significato comune, non quello speciale nel quale erano adoperate dallo scrittore della *Scienza nuova.* Noi (ci sarà permesso di far tesoro di una bella frase di Enrico Heine, colla quale chiudemmo le *Nozioni elementari di Diritto civile*, pubblicate nel 1888) noi abbiamo voluto dividere fraternamente col lettore il *tozzo di pane intellettuale,* che ci era stato possibile di acquistare dopo molte fatiche; e certamente non è stata una cattiva intenzione.

INDICE

LIBRO TERZO

Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose.

PARTE SESTA

Del sistema ipotecario.

PARTE SETTIMA

Della prescrizione.